

Università di Pisa

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

LA VIA ITALIANA ALLA RESTORATIVE JUSTICE

**La messa alla prova nell'impatto con
le garanzie processuali**

Relatore

Chiar.mo Prof. Luca bresciani

Candidato

Alessio Marchetti

A. A. 2014-2015

INDICE

INTRODUZIONE	7
--------------	---

CAPITOLO I CRISI DELLA PENA

1. Profili di inadeguatezza del sistema carcerario-centrico	7
2. Giustizia e vendetta	10
3. L'inesistenza del giusto prezzo	13
4. Economia della giustizia, severità vs. effettività	17
5. Giustizia e riparazione	19

CAPITOLO II LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

1. La <i>Restorative Justice</i> e il paradigma riparativo	22
2. La ricerca antropologica-giuridica	25
3. La critica abolizionista	26
4. La nuova dimensione della vittima e delle offese prodotte dal reato	28
5. La tutela delle vittime in Europa secondo la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio	32
6. La Comunità: il successo di un concetto nonostante la sua ambiguità	37
7. Il concetto di riparazione, il " <i>Restitution movement</i> "	42
8. Il dialogo tra vittima e autore del reato, i benefici della mediazione	45
9. Segue: il ruolo affidato alle emozioni	47
10. Il rapporto fra le diverse sfaccettature della " <i>restoration</i> "	52
11. La " <i>Encounter Conception</i> " e il dilemma della ragionevolezza del consenso	52
12. La " <i>Reparative Conception</i> " e la confusione con la retribuzione	59
13. La " <i>Transformative Conception</i> "	66

CAPITOLO III

MESSA ALLA PROVA, GIUSTIZIA RIPARATIVA E GARANZIE PROCESSUALI

Premessa	72
----------	----

Parte I: la messa alla prova del minore

1. Messa alla prova degli imputati minorenni: la discrezionalità del giudice e l'adeguatezza alle esigenze educative del minore	73
2. I contenuti della prova nell'ordinanza di sospensione e il consenso del minore	77
3. L'accertamento della base fattuale e il convincimento del giudice sulla responsabilità penale del minore	81
4. Il problema della confessione del minore	84
5. Il rapporto fra la messa alla prova e i suoi contenuti riparativi-conciliativi	87
6. Per un inquadramento 'rieducativo/riparativo dinamico' della probation minorile italiana	89
7. Partecipazione al procedimento e tutela della vittima	91
8. L'esito della prova. In particolare, le ripercussioni dell'esito negativo sulla prosecuzione del processo	94

Parte II: la messa alla prova dell'adulto

9. La nuova prova per adulti	99
10. Le maggiori limitazioni per l'ammissione	102
11. Il rapporto fra la volontà dell'imputato e la valutazione del giudice sulla imprecisata idoneità del programma	103
12. L'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato	108
13. Il programma di trattamento: le prescrizioni comportamentali, l'affidamento al servizio sociale e l'attività di volontariato	114
14. Segue: il lavoro di pubblica utilità	116
15. Segue: le prescrizioni riparative e la mediazione	122
16. L'esito della prova	125

CONCLUSIONI	129
-------------	-----

BIBLIOGRAFIA	131
--------------	-----

RINGRAZIAMENTI	135
----------------	-----

*«Se noi riconosciamo,» pensavo,
«che errare è dell'uomo, non è crudeltà sovrumana la giustizia?»*

Luigi Pirandello, *Il fu Mattia Pascal*

INTRODUZIONE

Nei momenti di crisi sociale e di credibilità istituzionale, come questo che ha accompagnato l'inizio del XXI secolo italiano, il discorso sulla pena, ossia la critica alla presunzione dell'uomo di dover sempre continuare a rispondere tempestivamente al male con altro male, sembra essere destinato ad eclissarsi per lasciare che il dibattito pubblico si concentri dove si ritiene ci sia più bisogno.

A volerne parlare potremmo lasciare l'ipotetico interlocutore, nel migliore dei casi, un po' confuso se non lievemente irritato.

Negli altri, denotati da una maggior sensibilità per l'argomento, ci potremmo sentir dire, con nauseabonda franchezza, che per parlare c'è stato anche fin troppo tempo e, ormai, sono necessari i fatti.

Invero, a volte, tali fatti possono sembrare l'eco di tipici slogan mediatici modaioli: "più carcere", "rimandiamoli a casa", "deve pagare", "pene più dure", "la vittima deve avere giustizia", "a casa mia ho il diritto di spararti".

A fronte della profonda insicurezza generata dalla battente cronaca giornaliera, la giustizia penale, così come concepita sul modello garantista, è sempre più fonte di insoddisfazione e la società chiede a gran voce la ridefinizione dei limiti di aggredibilità dell'individuo in senso chiaramente afflittivo.

Non ci vuole molto a capire che, a partire dal piano strettamente privato fino a quello internazionale, si sta affermando un *trend* di soluzioni sempre più improntate al modello vendicativo, di giustizia "fai da te".

Dunque, parlare della pena adesso è più appropriato di quel che sembra, perché ad essere messo in discussione è proprio il monopolio statale della sanzione penale.

In questo quadro, quale partita dovrebbe giocare la politica criminale italiana? Cosa deve essere fatto quando la giustizia dei processi frustra il sentimento di giustizia diffuso e si fanno forti movimenti indipendentisti e di autotutela? Se ormai è necessario un rinnovamento della giustizia penale, quale è la direzione da prendere?

La *Restorative Justice* è un modello alternativo di reazione al crimine ancora poco conosciuto anche se negli ultimi trent'anni si è diffuso in tutto il mondo. Il suo

obbiettivo è di portare la giustizia penale ad una “dimensione umana”: che sia più vicina ai concreti bisogni delle vittime e non alle astratte lesioni dei beni giuridici; che si allontani dallo stato ma senza denigrarlo; che favorisca la composizione privata dei conflitti ma senza scadere nella vendetta; che sappia riconoscere e tutelare quel nucleo di diritti incompressibili riconosciuti anche agli autori del reato, quale è la “dignità umana”, ma senza sacrificare i bisogni di effettività e di prevenzione ascrivibili ad ogni politica criminale che aspiri a dei risultati positivi quanto meno probabili.

Sembrerebbero muoversi in questo senso alcune recenti innovazioni legislative in tema di *probation* processuale che ampliano il ricorso a forme di riparazione del danno e alla mediazione fra vittime e autori del reato. Si tratta di una opportunità concessa all’individuo non ancora condannato di rimediare al male commesso e di dimostrare, così, la superfluità del processo e della pena, in particolare del carcere, che spesso non contribuiscono alla soluzione del conflitto ma solo alla sua amplificazione.

In questo modo lo stato avrebbe la possibilità di concentrare le risorse e i tempi del processo solo per quei fatti che siano ritenuti meritevoli, contribuendo non poco alla razionalizzazione, e quindi all’aumento dell’effettività, di una giustizia penale attualmente sovraccaricata dai processi e incapace di rispettare gli *standard* minimi europei di vivibilità nelle carceri.

Qualora invece fosse preferibile un sistema che crea sovraffollamento carcerario, che non riesce a gestire il carico dei processi *in itinere* e in cui l’individuazione dei tipi criminali mira a soddisfare l’irrequietezza e l’atavico sentimento vendicativo di giustizia sociale per opportunità politica, allora si prega di smettere di leggere e di uscire a lottare perché le cose rimangano così come sono.

Capitolo I

CRISI DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Profili di inadeguatezza del sistema carceri-centrico – 2. Giustizia e vendetta – 3. Non esiste il giusto prezzo – 4. Economia della giustizia, severità vs. effettività – 5. Giustizia e riparazione

1. Profili di inadeguatezza del sistema carcere-centrico

Per iniziare non possiamo esimerci dal delineare un quadro essenziale dello stato in cui versa l'attuale sistema sanzionatorio italiano e cercare di comprenderne i profili di irrazionalità.

Se l'incapacità di gestire il carico processuale *in itinere* è da tempo un luogo comune fortemente italiano, il sovraffollamento e la "tortura" delle carceri è diventato argomento legislativamente cogente dalla nota condanna della Corte EDU all'Italia, sentenza Torreggiani¹, per la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e pene o trattamenti inumani o degradanti) nei confronti di quei detenuti che non dispongano nella propria cella di una superficie minima individuale, mobilia esclusa, pari a 3 metri quadri, rilevando i limiti a cui il nostro sistema sanzionatorio non può far fronte se non con delle essenziali riforme strutturali diverse da sporadici interventi contingenziali: si pensi all'ampliamento delle carceri, all'amnistia, all'indulto o agli interventi sulla prescrizione.

¹ Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani v. Italia.

A determinare l'attuale situazione v'è il fatto che il sistema sanzionatorio italiano è caratterizzato da una centralità assoluta della pena detentiva.

Mentre la funzione generalpreventiva per i fatti illeciti minimi è affidata alla sanzione pecuniaria, per tutte quelle condotte, invece, connotate da una gravità medio/alta, si affida l'astensione dei consociati al potere intimidatorio dei massimi edittali di pena detentiva irrogabile che è ritenuta tanto più effettiva quanto più è severa.

Come primo intervento atto a diversificare il panorama sanzionatorio, nell'ottica di attuare una reale funzione rieducativa e risocializzante della pena, è stato necessario aspettare la riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n. 354 del 1975 che ha introdotto le misure alternative alla detenzione, le quali, mediante meccanismi premiali e misure trattamentali individualizzate operanti nella fase esecutiva della pena, concedono la possibilità al condannato di scontare la totale o parziale pena fuori dal carcere.

Ad essa sono poi seguite la legge n. 689 del 1981 e la l. n. 165 del 1998, che hanno ulteriormente aumentato il panorama di diversificazione delle misure alternative; però, si noti, la stessa scelta delle parole, l'ambito di operatività che presuppone sempre la condanna a pena detentiva e, il più delle volte, il concreto ingresso nel carcere per trascorrere un periodo di osservazione a fini di perizia psicologica e la stessa possibilità di revoca del beneficio penitenziario, qual'ora il beneficiario fosse ritenuto non più meritevole, sono tutti indizi di una ossessione per il carcere che rimane il termine fisso dell'equazione sanzionatoria², delineandone ancora l'assoluta centralità nelle intenzioni legislative.

Constatata la centralità del carcere nel momento dell'esecuzione penale, di per se tale dato non avrebbe una connotazione negativa, se non fosse che, la pena detentiva, appare non solo inadeguata ma addirittura controproducente ai fini della prevenzione generale e speciale.

Innanzitutto, non solo una previsione generalizzata del ricorso alla pena detentiva non tiene conto delle diverse esigenze connesse ad ogni tipo di illecito ma dato che ogni singolo episodio criminale, sebbene assimilabile per analogia di

² PALIERO, l'autore afferma che chi parla di pene alternative sta pensando al carcere e "come una comunicazione nevrotica, la negazione del tabù-detenzione attraverso la rivendicazione di alternative alla detenzione è né più né meno che un metamessaggio: conferma *concettualmente*, nel momento stesso in cui *verbalmente* le confuta, l'esistenza, la legittimità, il ruolo ...", in *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1992, p. 510.

condotta con gli altri casi dello stesso tipo, deve essere necessariamente contestualizzato tenendo conto anche delle caratteristiche dell'autore, significa che la pena detentiva è stata presuntivamente elevata a modello di intervento efficace rispetto alla commissione di qualsiasi reato.

Sul piano della prevenzione generale, ossia la capacità della pena di dissuadere *ex ante* la generalità dei consociati dal tenere una certa condotta costituente reato, la pena detentiva rappresenta l'intimidazione di una sofferenza proporzionata, nel *quantum* di 'soggiorno' penitenziario, al valore del bene giuridico che è stato leso dal reato, ossia un'entità astratta.

Dal punto di vista della prevenzione speciale, che rappresenta quel complesso di provvedimenti e tecniche volte, nel momento concreto di esecuzione della pena e quello successivo, a impedire che il medesimo trasgressore torni a delinquere, il semplice dato empirico che il 70% della popolazione carceraria sia composta da recidivi³ denota l'attuale inefficacia della permanenza negli istituti penitenziari a reinserire i detenuti nel contesto sociale.

Eppure non dovrebbe sconcertare che la stessa idea di dividere per riunire sia paradossale.

Così la carcerazione, troppo impegnata a garantire la neutralizzazione delle persone e la retribuzione del male, finisce per essere un servizio pubblico non solo inefficace ma anche dannoso, desocializzante ed antieconomico.

Come è possibile immaginare che l'idea stessa di una permanenza all'interno di un edificio occupato dal *target* "criminali" possa infondere un qualche sentimento di risocializzazione? Cosa dire dei c.d. 'colletti bianchi', quella tipologia criminale caratterizzata da stabilità di affetti e piena integrazione nel contesto sociale: può il distacco prevenire futuri episodi di devianza? Il rischio concreto è che il carcere si configuri alla stregua di una "scuola del crimine", capace di produrre elementi professionalizzati o quanto meno con l'attitudine al crimine, a cui si aggiunge l'effetto stigmatizzante tipico della sanzione detentiva e le conseguenti difficoltà di accesso al mercato ordinario del lavoro.

Mi ricorda una lezione sulla caduta dell'impero romano: tira su un muro e avrai due effetti, tutte le persone da una parte saranno unite e coese contro le persone che stanno dall'altra parte del muro, e tutte le persone dall'altra parte faranno lo stesso.

³ MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, p. 3 ss.

Possiamo cogliere ulteriori profili di inadeguatezza e di anacronismo alla luce delle moderne forme di criminalità organizzata e d'impresa, dove le intenzioni criminali dei pochi si confondono nei dinamismi delle forme societarie, rendendo quella figura ontologicamente personale, quale è la pena detentiva, totalmente inadeguata ad incidere sugli interessi economici in gioco.

Tali nuove forme del crimine sono fenomeni di livello internazionale, non socialmente percepibili nel breve periodo ma che hanno un potenziale lesivo tale da poter minare le stesse regole del convivere civile. Sono fenomeni totalmente sproporzionati in termini di danni all'economia, all'ambiente e alla salute, rispetto alle figure di reato comunemente oggetto dei mass-media e al centro del dibattito pubblico.

E' necessario un rinnovamento del panorama sanzionatorio che sia capace di cogliere questi nuovi fenomeni criminali, maggiormente legati alla pianificazione, al calcolo economico e al doloso agire antigiusuridico e, come tali, maggiormente meritevoli di persecuzione penale nell'interesse pubblico⁴.

2. *Giustizia e vendetta*

Storicamente, nella cultura occidentale, allo sviluppo del diritto penale si è attribuito la necessità di reprimere non solo le condotte lesive "primarie", ossia quei fatti che turbano l'equilibrio naturale di una pacifica convivenza, ma anche le conseguenti violente iniziative di autotutela volte a ripristinare l'equilibrio infranto.

Queste tematiche affondano le loro radici nel mito come ci dimostra Eschilo nella sua trilogia più famosa, l'*Orestea*⁵. In linea con le intenzioni pedagogiche

⁴ Per queste e altre considerazioni analoghe, EUSEBI, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 1307 ss.

⁵ Il testo risale al V secolo a.c., periodo d'oro del teatro greco e tratta le vicende di Oreste, figlio di Agamennone e Clitemnestra. Di ritorno dalla vittoriosa guerra di Ilio, Agamennone viene assassinato da Clitemnestra, da anni anelante vendetta per il sacrificio della figlia Ifigenia, immolata dallo stesso Agamennone all'inizio della guerra per poter placare il mare e permettere alla flotta achèa di salpare verso Ilio. Oreste, intercesso da Apollo, decide di vendicare il padre e uccide Clitemnestra. Le Erinni, dee che presiedono la vendetta e puniscono i delitti di sangue, perseguitano Oreste, il quale trova poso solo grazie ad Atena che decide di istituire un tribunale, presieduto da lei, per dirimere la questione. Da una parte le Erinni accusano Oreste dell'omicidio della madre, un crimine gravissimo ricambiabile solo

proprie della mitologia greca, Eschilo nella sua opera vuole rappresentare quel momento in cui la società è dovuta passare da un primo ordinamento con una concezione e amministrazione della giustizia basata sulla vendetta privata ad uno successivo, molto più simile alla nostra, dove queste funzioni vengono esercitate dallo stato e dal diritto.

Tuttavia, quel che qui più ci interessa evidenziare è che la vendetta non è concepita come istituto volto all'attuazione della giustizia, bensì tra le due vi è una biunivoca corrispondenza: la vendetta è giustizia e la giustizia è vendetta.

In questo primo ordinamento la giustizia-vendetta si basa sul principio di attribuzione perfetta e simmetrica del bene a chi sia buono e del male a chi sia malvagio, ossia il principio del contraccambio.

Tale principio si connota sia come entità divina, nel senso di corrispondenza ad un disegno di ordine superiore e quindi di bene e di verità, che terrena, ossia la cui attuazione non è rimandata all'aldilà o all'intervento di una divinità ma deve essere soddisfatta fra gli uomini sulla terra, i quali si fanno portatori della volontà divina.

Le caratteristiche principali sono: l'esistenza di un *danno*, indipendentemente dall'elemento soggettivo e da eventuali condotte riparative o risarcitorie; *personalità* della risposta afflittiva; la *legittimazione*, che spetta esclusivamente alla persona offesa o ad un suo parente, e, quale logico derivato del contraccambio, la *proporzione*, ossia l'infliczione di un male non minore e non maggiore del male sofferto.

L'irrilevanza di eventuali condotte riparative o risarcitorie, anche se indici del sincero ravvedimento del trasgressore, possono spiegarsi in ossequio al principio del *pathei mathos*, ossia dell'aumento di conoscenza attraverso l'esperienza del dolore. A conferma di ciò vi sta che il nome della dea che dona conoscenza come contropartita del dolore sofferto altri non sia che *Dike*, la Giustizia. Così il *pathei mathos* legato al contraccambio, ci suggerisce come l'afflizione di un male equivalente al male commesso possa avere anche una funzione conoscitiva: sicuramente per il trasgressore che deve conoscere lo stesso male che ha provocato per astenersi in futuro, salvo che la vendetta comporti la sua morte. Non possiamo infatti concepire quale finalità conoscitiva possa avere l'esperienza della morte.

con la morte; dall'altra, difeso da Apollo, Oreste replica che la vendetta perpetrata sull'omicida del padre è stata pienamente legittima. Sarà, infine, la difesa di Oreste a convincere Atena e a spezzare la catena di sangue e di violenza vendicativa.

Più probabilmente la conoscenza che deve aumentare e plasmarsi è quella dei terzi, così che la società giova della risposta vendicativa che intimorisce gli animi criminali tanto più grande quanto è grande la sofferenza patita dalla vittima.

Ora, è indubbio che la vendetta abbia una precisa funzione generalpreventiva così da garantire la pace sociale mediante la certezza che al fatto criminale seguirà la corresponsione del dolore; ma per comprendere meglio il carattere divino di questo ordine retributivo va evidenziato che il principio del contraccambio non può ritenersi soddisfatto dal semplice divieto di corrispondere iniquamente al bene con il male o al male con il bene, bensì vi è un preciso diritto-dovere di afflizione, di purificazione del male subito a soddisfazione non solo (e non tanto) del proprio desiderio di giustizia ma della aspettativa sociale di certezza della sanzione. Conseguentemente il rifiuto di adempiere al diritto-dovere di vendicarsi viene considerato immorale.

Iniziamo a vedere con chiarezza come la meccanica vendicativa condizioni l'attuazione della Giustizia (quale fine ultimo divino) all'adempimento dei singoli episodi vendicativi ma prescinde dalla soddisfazione personale del vendicatore.

Il vendicatore, mosso dal proprio desiderio di giustizia è, oltretutto, carico di un'intensissima aspettativa sociale che lo opprime e lo eterodetermina fino al momento della violenta consumazione. Ma non oltre.

Così la consumazione della vendetta diventa l'apice della giustizia, cristallizzazione della simmetria retributiva e al vendicatore carnefice non è dovuto niente di più senza che sia considerato sproporzione del giusto contraccambio.

Così capiamo che è la società molto più del vendicatore a ottenere un'utilità dal momento vendicativo: con la neutralizzazione del trasgressore e con la intimidazione di un male proporzionale e certo a chi, *ex post*, si voglia comportare in modo malvagio.

Non è difficile notare come certezza e proporzionalità siano caratteristiche comuni alle leggi fisiche, come se la vendetta dovesse rispondere a delle logiche di causalità naturale non dissimile dalla legge di gravità. Ovviamente questo è in perfetta logica con quella visione ellenica del mondo fatta di canoni, leggi e proporzioni, tanto che il sole non oltrepasserà le misure che gli sono state assegnate,

altrimenti le *Erinni*, che sono ministre di *Dike*, lo afferreranno e lo ricondurranno all'interno dei confini che gli sono stati assegnati⁶.

Il vendicatore è lo strumento di un bene superiore, la stabilità sociale, dove la sua sete di giustizia e l'apparente appagamento personale sono solo maschere che celano un profondo conflitto interiore, generato da chi pretenda che l'ordine sia ripristinato, ossia la divinità che fa dell'uomo il suo strumento di giustizia e la società che si fonda sulla certezza del contraccambio, e, dall'altra parte, la terribile e anti-sociale convinzione che il sanguinoso epilogo non comporterà alcun minimo beneficio personale ma solo l'attrazione di altra violenza su se stesso.

La lezione di Eschilo ci insegna come la vendetta altro non sia che un moltiplicatore del male potenzialmente illimitabile se lasciato alla discrezionalità delle vittime, le quali tengono conto unicamente del male sofferto così che pure il male inflitto da una vendetta finirebbe per legittimarne un'altra.

Saranno Atena e Apollo, dei solari e razionali, a determinare il passaggio al nuovo ordinamento, dove lo stato, le leggi e il processo vengono designati come il giusto strumento a cui affidare l'accertamento dei crimini e la determinazione della risposta sanzionatoria, alla presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti.

Il monopolio sanzionatorio pubblico è elemento costitutivo della nuova pace sociale che si arroga il compito di reprimere e retribuire in modo razionale e misurato quei fatti catalizzatori di violenza sociale evitando che questi vadano ad alimentare altre catene di sanguinosa violenza, la quale, idealmente, termina con la condanna delle *Erinni*.

3. *L'inesistenza del giusto prezzo*

L'abbandono concettuale del sistema di autotutela delle vittime non sembra coincidere con l'abbandono di una giustizia fondata sul contraccambio del male, con

⁶ ERACLITO, *Frammenti*, n° 94.

il rischio di configurare il monopolio sanzionatorio statale alla stregua di un monopolio della vendetta.

A ben vedere l'utilità di impartire giustizia mediante la retribuzione di un male proporzionale al male commesso non è supportata da alcuna considerazione di carattere scientifico: sembra quasi che ci sia un tacito accordo per cui le cose si possono aggiustare mediante il pagamento di un giusto prezzo.

Abbiamo già visto come anche la vendetta avesse tale connotazione compensativa e che il giusto prezzo, in ultima battuta, fosse determinato dalla vittima.

In realtà il giusto prezzo non esiste e non è mai esistito dato che oggi come allora pretende di essere commisurato ad entità totalmente astratte e disomogenee, dunque non scientifiche.

Il vendicatore, nel contraccambiare un male equivalente, si affidava ad un calcolo interiore la cui oggettività è indimostrabile.

Oggi, invece, ci affidiamo a delle astrazioni dogmatiche valide per ogni consociato, ossia i beni giuridici, che sono specificamente i valori tutelati dalle norme penali e la cui rilevanza ci viene suggerita dall'entità della pena edittale massima intimata per la sua violazione. Il bene giuridico è il valore difeso dalla norma penale, un'astrazione della realtà che nelle intenzioni illuministiche permettesse di diffondere l'applicazione delle norme penali a quelle condotte che, seppur differenti, fossero lesive degli stessi valori. L'obiettivo, si sa, è stato quello di creare un diritto completo e certo.

Tuttavia, fino a prova contraria, non esiste alcuno studio che ci dimostri come, solo a titolo di esempio, la rapina, l'omicidio, il falso in bilancio o l'ingiuria corrispondano ontologicamente ad una certa quantità di detenzione o ad una somma di denaro.

In più, ammettendo per esempio all'omicidio possa essere riconosciuto un disvalore determinato, a parità di risultato di quanto dovremmo ritenere accresciuto il disvalore di una condotta dolosa rispetto ad una colposa?

Non ci vuole un fisico per capire che la pena è basata sul nulla scientifico e che regna, indiscusso, un convenzionalismo relativistico di matrice politica che fonda la

pena unicamente sulla prevenzione generale in ossequio a quel disegno di politica-criminale che pretende di farsi rispettare con l'intimidazione e la severità⁷.

Ma cosa resta alla pena se questa viene positivamente limitata nei suoi massimi e minimi da un legislatore mosso unicamente da scopi di prevenzione generale? Come è possibile garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria al fatto concreto se questa viene presuntivamente predeterminata in un *range* di pena? Come potremmo essere sicuri che entro a quei limiti sia figurabile la possibilità di tendere alla risocializzazione o rieducazione del reo *ex art. 27* della Costituzione?

In ossequio ai principi di legalità e di irretroattività della legge penale, la pena, nel suo momento applicativo, deve guardare al passato, ossia al fatto storico. Una pena fondata sulla prevenzione generale, invece, guarda necessariamente al futuro: l'imposizione di una entità di pena irrogabile deve evitare che altre persone, in futuro, commettano quel reato; ma una condanna che tenesse conto unicamente della funzione generalpreventiva non sarebbe come dichiarare il reo responsabile anche delle condotte criminose passate di terzi che hanno determinato la necessità politica di punire quel fatto con quella sanzione? Non sarebbero così violati i principi di irretroattività e di responsabilità per il fatto proprio?⁸

La prevenzione generale è una fondamentale funzione della pena atta a garantire il senso di sicurezza collettivo. Però il legislatore deve essere corretto a misurarla e gestirla ad uso proprio perché, inevitabilmente, va a trattare la dimensione sociale delle paure e dell'irrazionale, troppo spesso strumentalizzata, ad esempio, per fini elettorali.

Questo deve valere solo per la pena minacciata: invece la pena applicata, quella discussa nelle aule dei tribunali dove si parla del fatto, deve respirare aria diversa e non deve essere determinata dalle paure e dalle insicurezze sociali, altrimenti sarebbero violati quei principi di irretroattività e di responsabilità per il fatto proprio.

Se il legislatore non può farsi carico di garantire la proporzionalità con il fatto storico, non resta che confidare nel giudice, il quale, avendo la possibilità di conoscere il fatto, dovrà determinare una pena concreta, nei limiti ermeneutici

⁷ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, cit. p. 1174.

⁸ DONINI, *op. cit.*, p. 1171.

concessi, che realizzi la proporzione con il fatto tenuto conto della colpevolezza e che tenda alla rieducazione del condannato.

In altre parole, il giudice è il soggetto che nell'iter processuale si preoccupa di attuare l'art. 27 Cost., mentre a livello legislativo dominano le esigenze politiche e sociologiche di prevenzione generale.

Dobbiamo quindi riconoscere la dualità del momento punitivo? La pena del potere legislativo ha funzioni diverse dalla pena del potere giudiziario?

Da una parte l'eccessività sanzionatoria legislativa che si fa carico delle istanze sociali di sicurezza, dall'altra il garantismo costituzionale attuato dal giudice che protegge il condannato da quelle stesse istanze sociali, vanno a determinare quella che sarà la pena concreta.

Ma ammettere la stessa idea di un simile bilanciamento non significa proprio riconoscere la concorrenza delle istanze di prevenzione generale nella determinazione della pena concreta, con la conseguente violazione di quei principi di irretroattività e responsabilità per il fatto proprio?

I problemi sono destinati ad aumentare nel momento dell'esecuzione carceraria della pena.

Se anche il giudice fosse riuscito nella sua opera ermeneutica a retribuire una pena proporzionale al fatto, questa non verrebbe mai eseguita: verrebbe plasmata e rimodellata stante il sistema articolato e complesso delle misure alternative al carcere che, mediante meccanismi premiali e trattamenti individualizzati, garantiscono l'attuazione del principio costituzionale di rieducazione della pena.

Assunto che già la possibilità di retribuire una pena proporzionale alla lesione del bene giuridico sia operazione necessariamente convenzionale e relativa, pure l'idea di rieducare o di risocializzare non pare essere denotata da maggiore obiettività: rieducare a cosa?

La critica che possiamo muovere al principio rieducativo è frutto di un'altra astrazione del diritto penale, ossia la presunta corrispondenza univoca tra i valori tutelati dalle norme penali e i valori diffusi nella società.

Se ammettiamo che già in una società tendenzialmente omogenea non sia garantita tale univocità, cosa dire del crescente multiculturalismo delle società odierne e, di conseguenza, anche degli istituti penitenziari? A quali valori dovrebbe essere improntata la ri-educazione del condannato? Dobbiamo ritenere, paradossalmente, che taluni valori dello stato laico siano considerati superiori

rispetto ai valori religiosi o etno-culturali propri della persona condannata per un crimine colposo? Fino a che punto la rieducazione potrebbe legittimamente influire sulla personalità del condannato senza ledere la sua dignità?

Invero agli interrogativi applicativi del principio si accompagnano i problemi attuali di vivibilità in carcere, a cui si deve aggiungere la definizione di un particolare rapporto di controtendenza fra carcere e politica, dove l'esplicita disposizione pubblica di risorse per il miglioramento delle condizioni carcerarie a scapito di altri servizi finirebbe per integrare una fattispecie di "suicidio politico".

4. *Economia della giustizia, severità vs. effettività*

Cosa pensare, dunque, di quelle istanze politiche che ciclicamente tornano a richiamare l'attenzione sulla necessità di più carcere e più severità?

Il fatto che le crisi sociali siano caratterizzate sempre dalla riemersione del bisogno di giustizia-vendicativa verso nuovi nemici pubblici è segno dell'adozione di un particolare paradigma strategico noto come "*more of the same*" o della rigidità delle risposte: nell'incertezza si incrementa la soluzione tecnica quantitativamente già dominante⁹.

In un contesto sociale tendente all'allontanamento e isolamento degli individui, al multiculturalismo, all'innalzamento della soglia di povertà e della distanza fra ricchi e meno abbienti, ossia in una società tendente ad una sempre più profonda differenziazione, l'omogeneità *tout court* della risposta sanzionatoria non può che andare ad alimentare l'irrazionalità del sistema; e più irrazionalità significa meno effettività e meno garanzie.

Assunto che il sistema sanzionatorio non dispone di risorse illimitate, diventa decisiva l'introduzione di una valutazione costi-benefici delle sanzioni concretamente irrogabili. Infatti si deve diffondere la convinzione che, nonostante l'indubbia valenza etica superiore del servizio pubblico 'Giustizia', non possiamo più

⁹ PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, p. 538.

permetterci di sorvolare su quegli aspetti materiali propri di un corretto modello economico.

Non possiamo che provare un lieve senso di amarezza all'idea che una possibile riforma della giustizia dovrebbe preminentemente tener conto di valutazioni economiche ma questo non significa soggezione alle regole di mercato, bensì deriva dalla constatazione che se ci può essere efficienza senza giustizia, difficilmente potrebbe essere mantenuto un sistema sanzionatorio "giusto" senza un apprezzabile grado di efficienza.

Alcune ricerche empiriche svolte in Germania e Inghilterra nei primi anni ottanta hanno stimato che i costi di una pena detentiva sono superiori di sei volte rispetto ai costi di una misura alternativa non detentiva controllata e assistita, quale la *probation*. Rapporto non indifferente se pensiamo che nel 2013, in Italia, il costo mensile di soggiorno penitenziario per detenuto è stato in media di 3.700 euro¹⁰.

A ciò si aggiunga che è una costante, in tutti questi studi, la predominanza del tasso di recidiva della pena detentiva su ogni altra sanzione, quasi a denotare un *trend* proprio del trattamento penitenziario di coazione a ripetere.

Sul piano generalpreventivo sono altri gli studi che dimostrano come l'orientamento dei consociati sia influenzabile primariamente dalla certezza della pena e solo in seconda battuta dalla severità della sanzione irrogata, constatazione che ha determinato la scelta di molti stati europei nell'estendere il ricorso alla pena pecuniaria.

Questo dato rivelerebbe che un sistema sanzionatorio efficiente corrisponde ad un sistema sanzionatorio effettivo perché economicamente capace di garantire un accettabile grado di certezza della pena.

La severità può determinare una qualche influenza significativa solo a parità di certezza e, comunque, non oltre a una certa entità: la quantità di pena detentiva minacciata diventa sempre meno determinante mano a mano che aumenta. Cade così anche la simbolica "scala dei valori" tutelati dall'ordinamento secondo il *quantum* di pena edittale massima comminata, che rischia di restare una mera graduatoria esemplificativa priva di effettività.

Quindi l'inasprimento delle pene non significa né maggiore prevenzione generale, né maggiore prevenzione speciale, nella misura in cui tale inasprimento

¹⁰ *Costo medio giornaliero dei detenuti, dal 2001 al 2013 (pdf)*, www.ristretti.it

provochi un sovraccarico del sistema che vada ad incidere negativamente sulla certezza della pena. Con le attuali risorse, il sistema carcere-centrico italiano non può essere effettivo.

5. *Giustizia e riparazione*

Dal quadro fin qui delineato si può affermare che le astrazioni e simbologie legate alla pena finiscono per distrarre da cosa la pena è alla base: un male aggiunto al male colpevolmente commesso dal soggetto che la subisce.

Una società che oggi ripudia la risoluzione dei conflitti fra privati mediante la violenza ma che, per garantire ciò, non è disposta a rinunciare alla pena, non può che lasciare a questa un posto sussidiario, quale *extrema ratio* dell'ordinamento. La sussidiarietà non deve essere intesa come strumentalità o secondarietà delle norme penali che intervengono alla violazione delle altre norme dell'ordinamento definibili primarie, bensì comporta che il ricorso alla norma che legittima la pena (il cui insieme è il diritto penale) sia possibile solo a condizione che siano falliti tutti i rimedi non afflittivi predisposti per elidere le conseguenze dannose.

L'unico modo per ancorare la pena ad un qualche fondamento che le possa dare nuova credibilità sembra essere proprio la necessità di condizionarla alla presenza di un danno irreparabile o non riparato, non risarcibile o non risarcito. Solo così potrebbe essere finalmente reciso quel cordone ombelicale che ancora ci lega alla giustizia-vendetta, a quella pena dominata dalla paura sociale e il cui elemento caratterizzante è proprio l'irrelevanza di condotte riparative o risarcitorie se non a fini solo attenuanti.

“Noi, infatti, *non siamo più capaci di comprendere il “senso” della pena intesa come raddoppio del male, come l'aggiunta di male a un male commesso.*

Questo è per noi un punto di non ritorno rispetto al passato.
Si sta consumando una rivoluzione copernicana che tocca,

ormai, l'essenza del diritto penale, la sfida di un suo possibile umanesimo".¹¹

Possiamo così auspicare l'introduzione di reazioni al crimine riparative-risarcitorie, positive nei contenuti, in cui il ruolo dell'offensore non sia quello di *colui che ora deve pagare* ma di *colui che ora deve agire*, in un ottica, la più rivoluzionaria a cui il diritto penale possa aspirare, di fornire possibilità di riconciliazione fin dall'origine e non quale mera eventualità secondaria alla retribuzione.

“Per questo essa ha *reciso le radici con la retribuzione-vendetta*: perché prima l'ordinamento si interroga e opera un risultato positivo, e solo dopo (quando questo non sia perseguibile) può aggiungere una sanzione afflittiva che *non sarà mai più il semplice raddoppio del male* cagionato alla vittima”.¹²

La riparazione volontaria dell'offesa e il risarcimento integrale del danno diventano le basi su cui attuare una reale sussidiarietà penale mediante l'introduzione di ipotesi di non punibilità o di estinzione del reato; in quest'ottica la vittima del reato diventa il soggetto a cui l'autore deve rispondere primariamente, un ritorno chiaro e forte nel procedimento penale che diventa la sede naturale per la soddisfazione degli interessi della vittima, per troppo tempo relegata in posizione satellitare al ben più profondo rapporto stato-autore.

Ciò non si traduce in una tirannia della vittima sull'autore la quale, qual'ora rifiutasse qualsiasi forma di riparazione o di mediazione da parte dell'autore, non determinerebbe necessariamente il contenuto afflittivo della pena, con evidente disparità di trattamento fra chi avesse la possibilità di riparare l'offesa commessa e chi no: la riparazione sarebbe possibile anche nei confronti di una vittima aspecifica, sia nel caso in cui non sia consenziente, sia indeterminata o non ci sia affatto. Il principio è già proprio della mediazione penale¹³, per cui la vittima reale non può

¹¹ DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, cit. p. 1207.

¹² DONINI, op. cit., cit. p. 1211.

¹³ DONINI, op. cit., cit. p. 1212.

impedire al reo di seguire un percorso potenzialmente riconciliante quali lavori di pubblica utilità, eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato, volontariato e percorsi terapeutici, che sono tutti elementi indizianti il passaggio ad una vita antagonista a quella che ha determinato il reato.

La pena perderebbe quella qualità di intrinseca divisione e stigmatizzazione sociale in quanto la scelta di escludersi ricadrebbe interamente sulla volontà dell'autore di non riconciliarsi alla vittima e alla società, possibilità data proprio, in prima battuta, dalla risposta del sistema orientata a promuovere una responsabilità "agita" e non "subita", relegando la pena, la risposta statale afflittiva così come siamo abituati a intenderla, ad un momento solo successivo e puramente eventuale.

Capitolo II

LA GIUSTIZIA RIPARATIVA

SOMMARIO: 1. La *Restorative Justice* e il paradigma riparativo – 2. La ricerca antropologica-giuridica – 3. La critica abolizionista – 4. La nuova dimensione della vittima e delle offese prodotte dal reato – 5. La tutela delle vittime in Europa secondo la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – 6. La Comunità: il successo di un concetto nonostante la sua ambiguità – 7. Il concetto di riparazione, il “*Restitution movement*” – 8. Il dialogo tra vittima e autore del reato, i benefici della mediazione – 9. Segue: il ruolo affidato alle emozioni – 10. Il rapporto fra le diverse sfaccettature della “*restoration*” – 11. La “*Encounter Conception*” e il dilemma della ragionevolezza del consenso – 12. La “*Reparative Conception*” e la confusione con la retribuzione – 13. La “*Transformative Conception*”

1. La *Restorative Justice* e il paradigma riparativo

La convinzione che non sia puramente utopica l’idea di poter, quanto meno, ridimensionare la scelta afflittiva degli odierni orientamenti politico-criminali si è fatta sempre più forte a partire dalla fine degli anni ’70 quando, in nord America, si è iniziato a parlare di *restorative justice*.

Dietro questa nuova e alternativa via della giustizia è possibile scorgere l’apporto di numerosi autori la cui formazione eccede la singola disciplina giuridica per abbracciare studi psicologici, sociologici, antropologico culturali e vi è anche chi scorge e interpreta l’odierno fenomeno in chiave religiosa, lasciandoci pienamente condividere l’idea di chi denunci “l’origine frastagliata di un’idea”¹⁴.

¹⁴ REGGIO, in “*Giustizia dialogica: Luci e ombre della Restorative Justice*”, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 43.

La giustizia ripartiva non deve essere considerata un nuovo teorema della giustizia discendente dai principi tradizionalmente ascritti ad essa, infatti rappresenta qualcosa di più perché implica una rivisitazione e ridefinizione di molti dei concetti cari al diritto penale classico: non vi è solo una nuova metodologia ma anche una ridefinizione degli obiettivi da perseguire e delle categorie base su cui avviare la ricostruzione di un nuovo sistema di reazione al crimine.

Il paradigma riparativo ha l'obiettivo di riconoscere e di soddisfare quei bisogni primari che la giustizia penale non riesce a farsi carico, in primo luogo i bisogni delle vittime dei reati: sappiamo che nell'impostazione del nostro attuale sistema processuale penale vige una presunzione per cui, al fine di garantire il giusto processo, non sia necessaria la partecipazione delle vittime del reato. Anzi, in estrema analisi tale partecipazione potrebbe essere considerata addirittura dannosa nei confronti delle garanzie dell'imputato e del giusto processo visto che, in tal modo, sarebbe richiesto uno sforzo maggiore al giudice che dovesse elaborare il proprio convincimento imparziale sul fatto storico e sulla responsabilità dell'autore sotto la pressione di un soggetto emotivamente coinvolto e, come tale, incapace di operare nel rispetto di un processo asettico costruito intorno alla figura dell'imputato.

In secondo luogo la giustizia riparativa ha dimostrato di essere sensibile anche alle esigenze degli autori di reato, non più considerati passivi destinatari di una pena afflittiva quale giusto prezzo delle proprie colpe. Il reo, bensì, viene invitato ad agire, a mettersi in gioco per elidere, nei limiti del possibile, tutte le concrete conseguenze dannose e pericolose provocate con la propria condotta, per attuare un reale progetto di risocializzazione.

Viene chiamata in gioco anche la comunità, non più temuta come elemento catalizzatore di violenza ma accettata quale coprotagonista nella produzione e nel godimento dei benefici attesi dalla riparazione.

Il ruolo del processo cambia. Può essere integrato o sostituito da procedure alternative il cui compito non è comporre formalmente la lite ma di creare un dialogo accomodante e sicuro alla ricerca di una soluzione giusta. Giusta non perché lo dice la legge ma perché condivisa fra i tre coprotagonisti della vicenda: vittima, autore del reato e comunità.

La giustizia riparativa abbandona la struttura duale e antagonista tipica della giustizia classica, dove l'obiettivo è quello di distinguere il vero dal falso, il

vincitore dal vinto e l'innocente dal colpevole, concentrando, invece, tutta l'attenzione sul cuore del problema, ossia la ricerca di una soluzione al conflitto che sia pienamente soddisfacente e duratura.

All'origine della *restorative justice* possiamo individuare la formazione di un clima culturale eclettico attorno a dei temi ritenuti direttamente correlabili alla crisi del sistema penale e riassumibili in tre punti¹⁵:

Antropologia individualistica

Rappresenta la tendenza delle attuali società ed ordinamenti giuridici di esaltare la dimensione individuale della persona a scapito di quella relazionale e comunitaria mentre lo sviluppo di teorie e dottrine sociali nel XX secolo ha segnato il ridimensionamento della portata attribuita al libero arbitrio nella scelta delittuosa, rilevando come i comportamenti criminali possano essere notevolmente condizionati, se non proprio determinati, dal contesto sociale e relazionale della persona.

Astrattezza e formalizzazione dell'ordine giuridico

L'ordinamento giuridico descrive e regola i fenomeni socio-giuridici mediante delle semplificazioni che sono le norme caratterizzate da generalità e astrattezza. Queste sono state uno dei frutti delle rivoluzioni liberali, invocate come essenziali per l'attuazione effettiva del principio di uguaglianza; tuttavia, nelle società odierne e in particolare modo nei grandi centri urbani caratterizzati da multiculturalismo e dinamismo, è diventata essenziale l'adozione di strumenti giuridici che possano adattarsi alle sempre mutevoli esigenze di uguaglianza sostanziale. In caso contrario, la struttura concettuale stessa del reato, il concetto di responsabilità e l'individuazione dei beni giuridici tutelati dall'ordinamento rischiano di alienarsi rispetto all'esperienza concreta del reato ed alle sue conseguenze.

Monopolio statale della reazione sanzionatoria

¹⁵ REGGIO, "Giustizia dialogica", p. 28.

Lo stato è l'unico custode dell'ordine sociale. L'evento dannoso diviene rilevante e meritevole dell'intervento statale solo nel caso in cui i fatti accaduti vadano ad integrare una fattispecie di reato, ossia che siano riferibili ad una norma dell'ordinamento. Ne consegue che lo stato si autoproclama vittima della violazione, come tale unica indispensabile controparte del conflitto e detentore della risposta punitiva. Questa impostazione artificiale del conflitto prevede una soddisfazione solo eventuale delle reali vittime del reato, configurando la riparazione del danno come "ancillare" rispetto al momento punitivo.

Attorno a questi tre temi si sono sviluppati diversi studi e movimenti che hanno determinato quel clima culturale favorevole alla nascita della giustizia riparativa. Di seguito procederemo ad una analisi degli elementi che più caratterizzano il paradigma riparativo per delineare un quadro base della giustizia riparativa, delle problematiche ancora aperte e per fornire, al lettore, quelle conoscenze essenziali per riconoscere, fra le tante esperienze di composizione delle liti e di risposte ai reati, quali strumenti possano essere definiti riparativi.

2. La ricerca antropologico-giuridica

All'origine della giustizia riparativa deve essere riservato un posto d'onore alle molte ricerche antropologiche effettuate sui modi di risoluzione dei conflitti propri delle società acefale. Tali forme di società, che potremmo definire semplici o "primitive", sono caratterizzate dall'assenza di un potere politico centrale e di una struttura gerarchica: la coesione sociale di tali gruppi sarebbe stata garantita dallo sviluppo di forme di giustizia privata gestite dalla comunità stessa, chiamata a prendersi carico del conflitto generato fra i suoi componenti mediante la ricerca di soluzioni non violente, altrimenti dannose per la sopravvivenza della comunità stessa.

La ricerca antropologia ha dimostrato come tali forme di risoluzione dei conflitti abbiano espianato la vendetta ed i comportamenti violenti ben prima della

statalizzazione della giustizia; tutt'oggi tali forme di giustizia continuano ad essere applicate, tramandate per consuetudine, presso molte comunità non occidentali ed affiancano le moderne procedure statali.

Tali esperienze di giustizia 'primitiva' sono diffuse prevalentemente presso comunità aborigene di Africa, America latina, isole del pacifico e Asia, e tutte presentano delle caratteristiche accomunanti¹⁶: in primo luogo viene prediletta l'adozione di un'atmosfera informale; la comunità di appartenenza viene coinvolta nella gestione del conflitto fra autore e vittima e procede ad una "verifica" del grado di condivisione dei loro punti di vista; questo dialogo allargato viene finalizzato alla ricerca di una soluzione consensuale del conflitto che non sia riservato unicamente alla soddisfazione delle pretese della vittima, bensì l'interesse è quello di ricostituire l'armonia sociale all'interno della comunità, ne consegue che del risultato utile sarà beneficiaria l'intera comunità, anche per la valenza terapeutica che può avere il confronto libero e informale del gruppo.

Non mancano esperienze di adozione da parte degli ordinamenti statali, fra cui spiccano Nuova Zelanda e Australia, di queste procedure conciliative, ma tale trasposizione nel contesto contemporaneo non è esente da critiche: ammesso che determinate società passate potessero essere considerate "semplici", il successo di tali procedure non poteva che derivare dalla presenza di un fondo di valori guida comuni all'intera comunità; possiamo considerare possibile una trasposizione positiva di queste esperienze conciliative all'interno delle attuali società occidentali caratterizzate, contrariamente, da un altissimo grado di complessità ed eterogeneità?

3. *La critica abolizionista*

L'abolizionismo penale muove le proprie considerazioni a partire dalla denuncia di artificiosità ed eccessivo tecnicismo del sistema penale. Tale situazione, avvertita come distante dalla realtà, finisce per costituire l'humus stesso su cui il sistema

¹⁶ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 31.

penale e le scelte di politica criminale repressive, identificate nel ricorso massivo al carcere, finiscono per legittimarsi.

L'ordine giuridico non sarebbe stato creato a partire dalla realtà, bensì è il diritto stesso a definire cosa nel reale sia meritevole di protezione e cosa sia meritevole di persecuzione.

Facendo riferimento alla criminologia critica e alla teoria dell'etichettamento, la stessa qualificazione di devianza discenderebbe non dalla qualità intrinseca di un comportamento, bensì sarebbe il frutto dell'assunzione di un "ruolo" all'interno del contesto sociale: nella sua forma più radicale, la criminologia critica arriva a ipotizzare che la genesi di tutte le forme di criminalità non sarebbe altro che il prodotto delle scelte di criminalizzazione imposte dai gruppi sociali dominanti tramite il diritto¹⁷.

Nella prospettiva della dottrina abolizionista è semplice artificiosità tutto quello che è penalmente protetto, come tale incapace di modellarsi e rispondere alle mutevoli esigenze della società. Questa, per trovare soddisfazione ai propri problemi, dovrebbe, se non proprio abbandonare, quanto meno ridimensionare l'ambito di applicabilità del diritto penale limitandolo solo ad ipotesi di oggettiva gravità e aumentando il ricorso allo sviluppo extra-processuale di soluzioni negoziate negli altri casi meno gravi.

L'elemento che più ci interessa dell'abolizionismo è il chiaro invito all'abbandono della gestione formalizzata dei conflitti imposta dal diritto penale in favore di una riappropriazione del conflitto¹⁸; lo stesso processo sarebbe un luogo alieno al conflitto, lontano dalla sua origine e quindi anche da una sua possibile soluzione.

Nils Christie, nel suo articolo "*Conflicts as a Property*", qualifica il conflitto stesso come una proprietà delle parti che vi hanno dato origine e come tale dovrebbe essere gestito solo da queste. L'intromissione dello stato nella definizione e risoluzione del conflitto costituisce un'indebita appropriazione contraria all'ideale di Christie di poter garantire una "giustizia psicologicamente vicina" ai soggetti che la necessitano¹⁹.

¹⁷ HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 84.

¹⁸ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 36.

¹⁹ MANNOZZI, op. cit., p. 36.

Il conflitto diventa l'occasione per fare chiarezza: la risoluzione del conflitto affidata a stato e norme suppone la preesistenza di determinati valori degni di tutela a cui far ricondurre gli eventi, mentre affidare le sorti del conflitto ad autore e vittima mediante l'instaurazione di un dialogo non formale (dove ad essere determinante non sia il grado di competenza tecnica) diventerebbe l'occasione per giungere ad una definizione congiunta di tali valori.

Tuttavia, tale soluzione risulta non sufficiente dato che l'esclusione dello stato dal conflitto e lo spostamento di questo su un piano privato non potrebbe da solo garantire che le soluzioni concordate dalle parti non siano determinati da violenza e prevaricazione²⁰.

4. La nuova dimensione della vittima e delle offese prodotte dal reato

Tanto nella ricerca propugnata dalla scuola classica quanto quella della dottrina rieducativa, la figura della vittima è sempre stata secondaria: non ha mai ricoperto un ruolo di spicco rispetto a quella dell'indagato/imputato/condannato. Da una parte, per la teoria retributiva, il reato costituisce l'instaurazione di un rapporto solo fra imputato e stato, dall'altra, per la teoria rieducativa, l'imputato è l'unico oggetto degno di speculazione nel tentativo di determinare il trattamento più consono alle sue esigenze di risocializzazione.

Tralasciando il generale disinteresse degli studi giuridici in materia, la tutela delle vittime è riuscita a trovare nuovo respiro grazie allo sviluppo della vittimologia, una branca della criminologia specializzata nello studio dei processi di vittimizzazione.

La vittimologia può essere definita la disciplina scientifica che ha per oggetto lo studio della vittima, della sua personalità, delle sue caratteristiche biologiche, psicologiche, morali, sociali, culturali, delle sue relazioni con il criminale e del ruolo che ha assunto nella genesi del crimine.

²⁰ REGGIO, *Giustizia dialogica*, op. cit., p. 57.

L'esasperato garantismo nei confronti del reo ha finito per trascurare le esigenze di chi sia stato coinvolto e traumatizzato dal fatto criminoso: la vittimologia tenta di recuperare e analizzare quella visione geneticamente duale del reato al fine di prevenire l'insorgenza di nuovi conflitti fra i medesimi protagonisti e di diminuire il numero complessivo di occasioni per diventare vittime; soprattutto diventa fondamentale la ricerca in chiave riparativa, di riduzione o eliminazione delle conseguenze negative subite dalla vittima.

Il contributo della vittimologia è stato rilevante nel permettere alla giustizia riparativa di svilupparsi a partire da una concezione del reato diversa dalla mera violazione di una norma giuridica: per poter operare una riparazione è necessario cogliere l'entità e l'eterogeneità di forme del danno grazie ad una visione "allargata" dell'evento criminoso che possa tenere conto delle possibili estrinsecazioni dell'offesa²¹.

Per Howard Zehr nella visione retributiva della giustizia, se questa viene attuata mediante l'applicazione della legge, il reato è identificato come la violazione della legge. La limitatezza di questa visione, ridotta così al "normativo", non prende minimamente in considerazione la dimensione morale e relazionale su cui l'offesa va ad incidere.

Nel paradigma della giustizia riparativa, Zehr descrive il reato come "*violation of people and of interpersonal relationships*":

"Il problema del reato, in questa visione d'insieme, è che questo rappresenta una ferita nella comunità, uno strappo nella rete delle relazioni. Il reato rappresenta relazioni danneggiate. Infatti, le relazioni danneggiate sono sia *causa* che *effetto* del reato. Molte tradizioni hanno il detto che il danno di uno sia il danno di tutti.

Un danno come un crimine ha delle ripercussioni tali da distruggere l'intera rete. In più, il torto (*wrongdoing*) è spesso il sintomo che qualcosa nelle relazioni fosse già incrinato".²²

²¹ MANNOZZI, op. cit., p. 47.

²² ZEHR, *The little book of restorative justice*, Good Books, New York, 2014, p. 20, traduzione mia.

Possiamo considerare il reato come un insieme di offese multiple ed eterogenee che vanno ad incidere anche su dimensioni e rapporti diversi da quelli generalmente presi in considerazione dal diritto.

Determinante in questo senso è la ridefinizione di “vittima” che deve assumere un’accezione allargata quale “soggetto titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale, il quale risente, primariamente o secondariamente, della commissione del reato con sofferenza o con dolore”²³ ma senza dimenticare, ed anzi la vittimologia propone una vera e propria gradazione in merito, che anche la vittima può concorrere alla produzione dell’offesa: possiamo così distinguere vittime totalmente innocenti (infanticidio), altre che hanno concorso alla produzione dell’evento in parte (lesioni per rissa) o totalmente (suicidio) fino ad arrivare a delle vere e proprie vittime nate, ovvero soggetti che, per varie cause, sono propense ad assumere il ruolo di vittime ideali.

Le sotto-classificazioni in materia sono molteplici ma per quello che più ci interessa le vittime possono essere distinte in primarie e secondarie²⁴.

Le vittime primarie sono quei soggetti, individuali o collettivi, contro cui l’offesa del reato è diretta e possono subire lesioni fisiche o psichiche, permanenti o temporanee, o danni economici.

Le vittime secondarie, generalmente ignorate dal diritto, sono quei soggetti che risentono negativamente delle lesioni provocate alle vittime primarie e, più in generale, coloro che vengono indirettamente danneggiati dal reato: sono tali i soggetti con forti legami affettivi verso la vittima primaria o con cui vi è un rapporto di dipendenza economica. Il pensiero va in primo luogo alla cerchia familiare e affettiva della vittima primaria, ma a pari modo non sono esenti da rischi anche i soggetti più prossimi al reo che potrebbero subire parte degli effetti stigmatizzanti derivanti dalla diffusione della notizia del reato all’interno del proprio contesto sociale. Il rischio derivante dall’indifferenza verso tali fenomeni è quello di determinare il sorgere di casi di criminalità secondaria laddove non vi sia un sistema di dialogo e di supporto a favore di quei soggetti particolarmente bisognosi che, a causa del reato, potrebbero aver perso il sostegno o la guida di una persona cara non sostituibile dallo stato; sia che questa sia venuta a mancare o che sia stata incarcerata.

²³ MANNOZZI, op. cit., p. 48.

²⁴ MANNOZZI, op. cit., pp. 49-50.

Su un piano qualitativo del danno da vittimizzazione possiamo ulteriormente distinguere un danno primario da uno secondario²⁵.

Il danno primario è quello derivante immediatamente dal reato: accanto ai danni di natura prettamente economica, generalmente di facile riparazione nel tempo, in capo alla vittima possono rilevare altri danni potenzialmente irreversibili tali da compromettere notevolmente la sua qualità della vita. Si pensi alle paure, ai sentimenti di insicurezza, di frustrazione per non aversi saputo difendere e vergogna provate dalle vittime, allo sviluppo di patologie psichiche, alle conseguenze psicosomatiche generate da un trauma oltre che alle ben visibili menomazioni fisiche.

I danni secondari, c.d. fenomeno di “vittimizzazione secondaria”, sono quelli che possono essere inflitti alle vittime a causa dei soggetti e dei contesti formali operanti successivamente alla commissione del reato e in ragione di questo, quale il procedimento penale, deficienti di adeguati strumenti di supporto che facilitino il ruolo delle vittime nel momento dell’accesso alla giustizia e all’interno del dialogo processuale e che finiscano, in qualche modo, per mortificare ulteriormente l’operato di chi stia cercando giustizia.

Abbiamo già avuto modo di dire che la disciplina penale attuale ha finito per adombrare le vittime in favore delle finalità reo-centriche: la conseguenza di ciò è la generazione di un ambiente ostile alle vittime, dalle possibilità di soddisfazione solo eventuali che finisce per condizionare negativamente la propensione a denunciare di chi sia stato offeso da un reato.

La creazione di un clima favorevole ai bisogni delle vittime diventerebbe un prezioso strumento di politica criminale, infatti un simile ambiente si presenta quale condizione necessaria per non disincentivare le denunce dei crimini, così da poter garantire un reale controllo e, conseguentemente, ridurre la “cifra nera” della criminalità sommersa.

²⁵ MANNOZZI, op. cit., pp. 53-56.

5. *La tutela delle vittime in Europa secondo la direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*

La recente direttiva n°29 del 25 ottobre 2012, recante norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, tenta di incidere in modo significativo alla situazione descritta nel paragrafo precedente.

La direttiva va a sostituire la precedente decisione quadro 2001/220/GA, regolante la posizione della vittima nel procedimento penale, e stabilisce il 16 novembre 2017 come termine ultimo entro il quale gli stati membri dovranno comunicare alla Commissione i dati disponibili relativi al modo e alla misura in cui le vittime hanno avuto accesso ai diritti previsti dalla presente direttiva (art. 28).

Come si legge nel considerando n°9 della direttiva:

“Un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime. Come tali, le vittime di reato dovrebbero essere riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile e professionale, senza discriminazioni di sorta (...).”

Seguita da un generico richiamo al divieto di discriminazione, la nota preme di individuare quella dimensione del reato connessa alla violazione dei diritti delle vittime, ulteriore rispetto alla connotazione anti-sociale dell'illecito, riconoscendo in capo ad esse dei diritti minimi da far valere sia all'interno che all'esterno del processo penale.

“In tutti i contatti con un'autorità competente operante nell'ambito di un procedimento penale e con qualsiasi servizio che entri in contatto con le vittime, quali i servizi di assistenza alle vittime o di giustizia riparativa, si dovrebbe tenere conto della situazione personale delle vittime e delle loro necessità immediate, dell'età, del genere, di eventuali disabilità e della maturità delle vittime di reato, rispettandone pienamente l'integrità fisica, psichica e morale. Le vittime di reato dovrebbero essere protette dalla *vittimizzazione secondaria e ripetuta*,

dall'intimidazione e dalle ritorsioni, dovrebbero ricevere adeguata assistenza per facilitarne il recupero e dovrebbe essere garantito loro un adeguato accesso alla giustizia.”

Nelle intenzioni europee, dunque, diventa determinante la protezione delle vittime dai fenomeni di *vittimizzazione secondaria e ripetuta*, ossia di recrudescenza della condizione della vittima riconducibile alle modalità di formalizzazione del conflitto da parte delle istituzioni, o da *intimidazioni e ritorsioni* che in primo luogo potrebbero verificarsi durante inopportuni incontri, per modalità e tempistica, fra vittima e autore.

Un ulteriore segno di presa di coscienza delle esigenze concrete in gioco è quella del raggio di individuazione delle vittime che, secondo alle aspettative vittimologiche, risulta ampliato: così, ai fini della direttiva, all'art. 2 lett. a) possiamo leggere che è considerata vittima “i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato” e, oltretutto, “ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona” specificando alla lett. b) che per familiare deve intendersi “il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima”.

Va sottolineato fin da subito che un riconoscimento così esplicito delle problematiche legate alla vittima e dei diritti ad essa connessi non corrisponde, nelle intenzioni della direttiva, ad un degradamento delle condizioni dell'imputato e della presunzione di innocenza.

Durante l'iter procedurale deve essere garantito il rispetto della vittima anche nel caso in cui l'autore del reato non sia stato individuato. Infatti, come possiamo leggere al considerando n°12:

I diritti previsti dalla presente direttiva fanno salvi i diritti dell'autore del reato. Il termine «autore del reato» si riferisce a una persona che è stata condannata per un reato. Tuttavia, ai fini della presente direttiva, esso si riferisce altresì a una persona indagata o

imputata prima dell'eventuale dichiarazione di responsabilità o della condanna e fa salva la presunzione d'innocenza.

Rinviando ad altre fonti la precisa esposizione dei diritti che dovranno essere garantiti alle vittime dagli stati membri²⁶, questi possono essere genericamente raggruppati in: diritti di informazione da parte delle autorità, al fine di permettere alle vittime di orientarsi e di conoscere le implicazioni della propria posizione e delle scelte all'interno della procedura penale²⁷; diritti di assistenza linguistica e di traduzione²⁸; diritti di accesso ai servizi di assistenza e di supporto²⁹; diritti di partecipazione attiva al procedimento penale³⁰; diritti alla restituzione dei beni oggetti di reato sequestrati e alla decisione sul risarcimento del danno all'interno del

²⁶ CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

²⁷ Fra i diritti riconosciuti alle vittime, attivabili indipendentemente dall'instaurazione del processo e fin dai primi contatti con le autorità, vi sono, anzitutto, degli specifici diritti ad ottenere delle informazioni, senza indebito ritardo e in modo facilmente comprensibile, relative: al tipo di assistenza, supporto e protezione di cui potranno beneficiare; alle procedure di denuncia; all'ottenimento di una difesa legale anche a patrocinio dello stato; alle condizioni per ottenere il risarcimento; come e a quali condizioni beneficiare del diritto all'assistenza linguistica e di traduzione; alle specifiche procedure proprie dello stato membro in cui si procede e quelle disponibili per denunciare casi di mancato rispetto dei propri diritti da parte dell'autorità competente; all'accessibilità a servizi di giustizia riparativa disponibili; come e a quali condizioni le spese sostenute in conseguenza della propria partecipazione al procedimento penale potranno essere rimborsate (art. 4)

²⁸ Per rendere effettivi tali diritti di informazione sono previsti dei diritti di assistenza linguistica e di traduzione, attivabili a precise condizioni e gratuiti, per chi non comprenda la lingua (art. 7).

²⁹ Ampia attenzione è riservata ai servizi di assistenza e sostegno alle vittime (art. 8 e 9) che dovranno essere garantiti dagli stati membri. Affidati ad enti pubblici o ONG, su base professionale o volontaria, tali servizi dovranno essere accessibili alle vittime e ai loro familiari fin dai primi contatti con le autorità e anche per un periodo congruo successivo al procedimento, indipendentemente dalla presentazione di formale denuncia. Sono altresì previsti servizi di assistenza specialistica, cumulabili a quelli base, in ragione di specifiche esigenze e alla gravità del danno subito. Fra i compiti affidati ai servizi vi sono quelli di assistenza emotiva e psicologica, di informazione e assistenza in materia di diritti delle vittime, di preparazione al processo, consigli relativi ad aspetti finanziari e pratici derivanti dal reato e alloggi o altra eventuale sistemazione temporanea a vittime bisognose di un luogo sicuro a causa di un imminente rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni.

³⁰ Al capo 3 della direttiva sono stati riservati i diritti concernenti la partecipazione al procedimento penale che prevedono, in primo luogo, il diritto della vittima di essere sentita (art. 10) e di poter fornire elementi di prova, con la precisazione che in caso di vittima minorenni saranno tenuti in debita considerazione la sua età e maturità. Alla vittima deve essere garantito il diritto di impugnare la decisione delle autorità procedenti di non esercitare l'azione penale (art. 11).

procedimento penale in un tempo congruo; diritti di protezione sia all'interno che all'esterno del procedimento³¹.

Per quello che più ci interessa sono diverse le disposizioni che prendono in considerazione meccanismi di giustizia riparativa, in particolare l'art. 12, titolato "Diritto a garanzie nel contesto dei servizi di giustizia riparativa", rileva nettamente come nelle intenzioni europee l'accesso a forme di giustizia riparativa debba rimanere necessariamente condizionato all'indisponibile interesse della vittima³². L'art. 12 indica quali siano le condizioni a cui gli stati membri dovranno attenersi nel delineare degli istituti di giustizia riparativa che siano "sicuri e competenti":

a) si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul suo consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento;

b) prima di acconsentire a partecipare al procedimento di giustizia riparativa, la vittima riceve informazioni complete e obiettive in merito al procedimento stesso e al suo potenziale esito, così come informazioni sulle modalità di controllo dell'esecuzione di un eventuale accordo;

c) l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso;

d) ogni accordo è raggiunto volontariamente e può essere preso in considerazione in ogni eventuale procedimento penale ulteriore;

e) le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l'accordo delle parti o

³¹ Sono diverse le misure predisposte al capo 4 per impedire, nell'interesse prioritario della vittima, qualsiasi contatto con l'autore del reato, a meno che non lo imponga il procedimento penale per la sua prosecuzione.

³² PARISI, *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *DirittoPenaleContemporaneo.it*.

se lo richiede il diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico.

Il ricorso a strumenti di giustizia riparativa, quindi, dovrebbe essere riservato non solo a quei casi in cui non vi siano pericoli di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e ritorsioni, ma anche quando tale strumento risulti finalizzato alla soddisfazione primaria degli interessi della vittima, ossia che i fini orientati alla cura della vittima non siano in realtà configurati alla stregua di una copertura per altre finalità, che potrebbero benissimo coesistere ma non dovrebbero mai configurarsi come prioritarie.

La giustizia riparativa, come sappiamo, si compone di tre coprotagonisti: vittima, autore del reato e comunità. Il modello riparativo si preoccupa di soddisfare le esigenze di tutti e tre al fine di individuare una soluzione al conflitto che sia duratura e pienamente soddisfacente, ma nel cercare di farlo, spesso, nelle varie definizioni e modelli presentati, capita che la soddisfazione di uno di questi si confonda con quella degli altri: non mancano casi in cui la prestazione della condotta riparativa, da parte dell'autore, venga rivolta nei confronti di una vittima generalizzata o, in vario grado, simboleggiata dalla comunità per cui, ad esempio, la prestazione di lavori di pubblica utilità (che è uno dei contenuti tipici dei programmi di riparazione) rischia di acquisire una valenza di riparazione solo simbolica e insoddisfacente nei confronti della vittima primaria o finisce per prevalere la sua componente educativa nei confronti dell'autore.

La direttiva mette in guardia da questi possibili risvolti che finiscono per 'distrarre' quella che, nelle intenzioni europee, dovrebbe essere la finalità dei programmi di giustizia riparativa: la soddisfazione degli interessi della vittima e la prevenzione di qualsiasi fenomeno di vittimizzazione secondaria.

Comunque è doveroso precisare che le impostazioni politico-criminali 'vittimocentriche' possono essere fonte di orientamenti legislativi degeneranti in forme di populismo o paternalismo penale maggiormente interessate al calcolo elettorale che al dato sociale:

“La deriva populistica della legislazione penale cui contribuisce il vittimocentrismo conduce, alla fine, alla rottura dell'equilibrio con i principi garantistici del diritto penale 'classico'.

Orbene, la giustizia riparativa, invece, da un lato non può permettersi di scardinare quell'equilibrio e di disperdere quel patrimonio di principi garantistici e, dall'altro, non ha molto a che fare con un rafforzamento puramente processuale, 'formale', del ruolo della vittima all'interno dello schema tradizionale della giustizia punitiva, in cui alla fine verrebbe accentuata l'istanza punitiva se non addirittura vendicativa, piuttosto che realmente attuata quella riparativa".³³

Il rischio, insomma, è che l'attenzione prestata alla vittima finisca per tradursi nella perdita delle garanzie riconosciute all'indagato/imputato/condannato. Invero il riconoscimento alle vittime di indispensabili diritti non dovrebbe tradursi in un simile risultato 'sbilanciato'. Questo vale tanto per la giustizia penale 'ordinaria' che per le procedure di giustizia riparativa: infatti nelle intenzioni della giustizia riparativa deve essere letta la volontà di creare un ambiente sicuro e inclusivo per entrambe le parti.

6. *La Comunità: il successo di un concetto nonostante la sua ambiguità*

La comunità è uno degli elementi dominanti di tutto il pensiero *restorative*, da più voci sul tema si fa forte il richiamo alla necessità di riscoprire quella dimensione intermedia e più *umana* posta fra l'individuo e lo stato. La recente storia occidentale, infatti, sarebbe stata caratterizzata dall'enfasi di questi due estremi: che sia stato il riconoscimento di fondamentali diritti connaturati al solo individuo ovvero la formazione dei moderni ed accentranti poteri statali, il risultato è stato quello di svilire valori come coesione, mutualità e partecipazione pubblica in favore di una visione atomistica e deresponsabilizzata della società.

³³ PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, MANNOZZI e LODIGIANI (a cura di), il Mulino, 2015, Bologna, pp. 67-81, cit. p. 71.

La *Community justice* ha sicuramente offerto nuovi spunti per una riflessione sul binomio comunità e giustizia, alimentata dalla convinzione che i valori del comunitarismo e le politiche di prossimità siano il primo strumento utile per garantire un'efficace prevenzione generale e speciale dei crimini, soprattutto se si accetta l'idea che sia la comunità *in primis*, quale articolato complesso relazionale di interdipendenze, a caratterizzare lo stile di vita e, in vario grado, la personalità degli individui in essa immersi.

Il richiamo al concetto di comunità, in generale, ha una valenza estremamente positiva. Difficilmente nel comune sentire potremmo associare a tale entità dei valori deleteri o distruttivi, ma questo perché spesso il termine stesso viene associato più ad una nostra intuizione che ad un ragionamento³⁴, ad una personale esperienza intersoggettiva che solo per la sua positività è riuscita a elevare il gruppo alla creazione di un "noi", ossia di una, più o meno incisa, comunità.

Nella letteratura *restorative* sono molti i ruoli, fra di loro sovrapponibili, svolti dalla comunità³⁵:

- La comunità può rilevare come *vittima del reato*, primaria o secondaria a seconda dell'estensione del danno. Come tale essa può essere individuata come titolare diretto del bene giuridico che è stato leso ovvero titolare di una più generale aspettativa di sicurezza che il reato è andato a compromettere. La comunità, in quanto vittima, è un diretto beneficiario della riparazione.
- La comunità può rilevare come *soggetto co-interessato alla riparazione del danno*; riparazione, quindi, mirata a riparare i danni patiti dalle vittime e, solo di riflesso, il ripristino della sensazione di sicurezza e di fiducia nei confronti dell'autore del reato.
- La comunità può rendersi *garante della procedura di pace* avviata fra la vittima e l'autore del reato, ossia rivendicare la titolarità del conflitto (in segno abolizionista) e operare un ruolo socialmente attivo in prevenzione di qualsiasi epilogo violento suscetibile dal crimine facilitando la conduzione delle procedure riparative. Lo stato può essere del tutto escluso dalla gestione del conflitto o intervenire in sussidiarietà.

³⁴ REGGIO, op. cit., p. 91.

³⁵ MANNOZZI, op. cit., p. 62.

Accanto all'indiscutibile centralità dalla comunità all'interno dei modelli di giustizia riparativa v'è da rilevare come, tuttavia, il concetto di comunità non sia facilmente calabile nella realtà, così da rimanere, nonostante l'enorme successo raccolto, un'entità dai confini confusi e difficilmente riconoscibili.

Mettere in pratica la delimitazione di una comunità risulta essere problematico data l'eterogeneità e, spesso, contraddittorietà dei criteri che sono stati predisposti al riguardo e che tenteremo di schematizzare sommariamente a partire dalla distinzione fra criteri 'a priori' e 'a posteriori' rispetto al momento di genesi del conflitto.

Fra i criteri a priori possiamo annoverare quello "geografico"³⁶ per cui una comunità sarebbe rappresentata da un gruppo di individui relazionati per il fatto di vivere a stretto contatto in un territorio.

La comunità territoriale sarebbe chiamata a operare nei programmi di giustizia riparativa per il semplice fatto che il reato sia stato commesso entro i confini della propria giurisdizione: ma se il criterio ben si adatta nei casi di ampia diffusione del danno, seppur circoscritto ad un'area specifica, in cui sia possibile individuare molteplici vittime primarie ovvero la cui entità sia tale da provocare un ambiente sociale saturo di paura e insicurezza, molto più difficile sembra verificare empiricamente il danneggiamento indiretto di tutta la comunità territoriale in quei casi più circoscritti dove, proprio per natura più settoriale del danno, risulterebbe decisivo solo il contributo di coloro che siano collegati all'accaduto secondo un criterio di tipo "funzionale".

Oltre alla mancanza di garanzie per quello che riguarda il rischio di vittimizzazione secondaria, per comune esperienza il criterio territoriale mal si adatta alle odierne formazioni sociali, soprattutto dei grandi centri urbani, in cui è possibile parlare di coesistenza fra più comunità.

Il criterio "funzionale", sempre annoverato fra i criteri a priori, si basa sui tipi di interessi e di valori condivisi³⁷. Da questo punto di vista il criterio territoriale può essere addirittura fuorviante perché non tiene conto dell'alta mobilità degli individui e della portata dei mezzi di informazione, fattori che permettono la interrelazione e la condivisione di interessi con altre persone indipendentemente dalla loro vicinanza

³⁶ MANNOZZI, op. cit., p. 65.

³⁷ MANNOZZI, op. cit., p. 66.

fisica ovvero che possono determinare nel medesimo territorio una varietà tale di contesti che sarebbe un atto forzoso quello di ricondurli tutti ad *unicum*.

La comunità “funzionale” è quella caratterizzata dalla condivisione di interessi e valori, come quelli culturali, intellettuali, religiosi, professionali o lavorativi, con la vittima e l'autore del reato.

La sua partecipazione ai programmi di giustizia riparativa sarebbe giustificata in base all'affinità di questa con l'oggetto del conflitto, che verrebbe così ad essere risolto nel rispetto dei valori propri delle parti e sarebbero limitati i rischi di vittimizzazione secondaria.

Non mancano però le critiche di chi afferma che, in questo senso, il conflitto sorto fra due malavitosi dovrebbe essere risolto in seno al proprio contesto criminale e ai suoi valori, oppure vi sarebbe il c.d. “paradosso della vulnerabilità multiculturale”, ossia il pericolo che le tutele accordate ai gruppi culturali minoritari finiscano per legittimare forme di aggressione ai danni dei soggetti a loro volta più vulnerabili all'interno del singolo gruppo, come le pratiche di mutilazione dei genitali femminili o la consuetudine nel perpetrare violenze di genere tipiche delle culture fortemente maschiliste³⁸.

I criteri a posteriori operano in maniera differente: mentre i criteri a priori tentano di individuare la comunità mediante l'analisi di elementi caratterizzanti indipendenti dal conflitto, i criteri a posteriori, invece, operano una individuazione a partire proprio dal conflitto. In questo senso, la comunità non si atteggia quale entità preesistente in cui ricondurre le procedure conciliative, bensì sarà solo a partire dal singolo conflitto e dalle relazioni concretamente danneggiate da questo che sarà possibile individuare una nuova e specifica comunità che abbia i mezzi per risolvere il conflitto stesso.

Paul McCold la chiama *micro-community*³⁹ ed è rappresentata dall'entourage della vittima ed, eventualmente, dell'offensore: attiene, quindi, a quella cerchia di persone con cui le relazioni sono più intense, frequenti e che intervengono in ragione dell'evidente danno materiale e morale (seppur indiretto) lamentato, al fine di ottenere la riparazione al danno proprio e della vittima primaria. Viene

³⁸ PARISI, in *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, *DirittoPenaleContemporaneo.it*, p. 6.

³⁹ REGGIO, op. cit., p. 92.

contrapposta alla *macro-community* che, al contrario, ha una connotazione territoriale, come la comunità civile.

Analoga ma non coincidente alla *micro-community* c'è la *community of care*⁴⁰, descritta dal Lode Walgrave, che è composta da chi, per varie ragioni, desidera partecipare alla procedura conciliativa al fine di contribuire alla “cura” del conflitto.

Nella costituzione della *community of care* non è essenziale rilevare come vittima secondaria ma è sufficiente “l'aver a cuore” la conciliazione/riparazione del conflitto, lasciando spazio di intervento anche a chi fosse mosso in ragione dei legami con l'offensore.

Quindi, la particolarità dei criteri a posteriori è la necessità di un intervento volontario nella costituzione della comunità, sia che venga finalizzato a far valere la propria condizione di vittima secondaria, sia che risponda ad una propria sensibilità per la ricerca di una cura al caso concreto, in modo non dissimile a chi si attivi per ottenere il risarcimento di un danno ingiusto in ambito civile; l'essere comunità si definirebbe in relazione al fatto che i soggetti che ne fanno parte si riconoscano e si dichiarino come tali, mentre i criteri a priori, alludendo a delle comunità preformate, tengono conto solo in maniera presuntiva dei danni indiretti subiti dai suoi membri, senza distinguere fra chi possa concretamente giovare di un ruolo attivo all'interno della procedura riparativa da chi, per sentirsi di nuovo al sicuro, possa essere soddisfatto per il semplice fatto che il crimine non rimarrà impunito⁴¹.

Le pregnanti ambiguità attorno al concetto di comunità lasciano intendere come il lavoro sul tema necessiti di ulteriore ricerca; tuttavia, viene da pensare che il richiamo da parte dei teorici della giustizia riparativa al concetto di *community* non sia necessariamente un appello alla delimitazione di una comunità fisica, bensì potrebbe essere l'invito alla applicazione generalizzata dei principi del comunitarismo, in contrapposizione agli antitetici principi del dominante individualismo contemporaneo.

⁴⁰ REGGIO, op. cit., p. 92.

⁴¹ REGGIO, op. cit., p. 96.

7. *Il concetto di riparazione, il “Restitution movement”*

Oltre all'enfasi fin'ora riservata a procedure informali, vittime e comunità, assume un ruolo di primaria importanza il concetto di riparazione. Abbiamo detto che il punto focale della *restorative justice* sia costituito dalla riparazione dei danni subiti dalle vittime in contrapposizione ai classici paradigmi “reo-centrici” in cui la riparazione svolge una funzione ancillare rispetto alla retribuzione e alla rieducazione.

Tuttavia, il termine “riparazione”, nonostante il comune utilizzo in letteratura, non sembra essere il termine più appropriato per la descrizione degli effetti pieni attesi da un programma di *restorative justice*; anzi, esso allude solo ad un obiettivo parziale di questa giustizia, ossia la riparazione del danno materiale, mentre le ambizioni vanno ben oltre.

Ma procediamo con ordine.

Fra i diretti ascendenti della giustizia riparativa deve essere annoverato il *restitution movement*, sviluppato in nord America contemporaneamente al procedimento di riscoperta e di sensibilizzazione alle complesse problematiche delle vittime.

I sostenitori della *restitution*, insoddisfatti per il deficit di tutele offerte dal sistema penale statunitense, avrebbero così designato il risarcimento, in forma specifica o per equivalente, come il contenuto minimo e immediato della risposta sanzionatoria.

Alla base della scelta non ci sarebbe tanto la convinzione di poter eliminare integralmente le conseguenze dannose del reato, che di fatto potrebbe non essere possibile; l'obiettivo primario, in un ottica disillusa sull'effettiva portata soddisfattiva dei rimedi giudiziari, è quello di poter offrire alle vittime un sollievo immediato e impedire, il più possibile, l'aumento delle sofferenze dovute al lasso di tempo intercorrente fra il danno e il suo risarcimento, spesso notevole a causa dei tempi processuali.

La consapevolezza delle vittime di poter agire e ottenere la riparazione del danno sarebbe un elemento incentivante alla denuncia dei crimini, ma nel tempo sono stati individuati ulteriori benefici attesi da un sistema penale improntato alla

sanzione del risarcimento: sotteso a questo, infatti, oltre all'implicito riconoscimento della centralità della vittima a scapito dell'astratto ordine sociale, vi è la ricerca di modelli sanzionatori minimamente intrusivi e, comunque, alternativi al carcere, capaci di soddisfare esigenze di prevenzione generale e speciale su base rieducativa.

Se accettiamo l'idea che l'effettività di un sistema penale sia direttamente proporzionale al grado di certezza della pena e non alla severità di questa, il risarcimento risulta essere facilmente ottenibile, anche tramite l'utilizzo di strumenti del diritto privato o processuale civile, come le azioni esecutive. In questo modo risulterebbe aumentata la tenuta generalpreventiva del sistema poiché contribuirebbe ad ingenerare nei consociati la sensazione di "contropinta" per cui il crimine non paga, soprattutto nei confronti dei c.d. colletti bianchi, il cui agire criminoso presuppone una razionale valutazione dei costi e dei ricavi attesi dal reato.

Il risarcimento può avere un effetto responsabilizzante ed educativo nei confronti dell'autore del reato che, messo a faccia a faccia alle conseguenze dannose da lui stesso prodotte, dovrà positivamente attivarsi per rimediarle e tentare di controbilanciare, mediante il proprio lavoro e l'impiego di risorse, la stigmatizzazione sociale sofferta.

La durata di una pena lavorativa/compensativa sarebbe sganciata dai criteri retributivi e rieducativi per essere lasciata alla responsabilizzante determinazione dal reo, tanto più breve quanto maggiore sia la sua capacità lavorativa e la motivazione a terminarla.

Inoltre, un pronto e visibile risarcimento può concretamente contrastare l'insorgere di sentimenti di vendetta sia da parte delle vittime che del contesto sociale più o meno prossimo alla vicenda.

Tuttavia il *restitution movement* non è esente da critiche, alcune delle quali sono state riconosciute dai suoi stessi sostenitori⁴².

Vi è il problema della quantificazione della riparazione in quei casi in cui il danno risulti diffuso nell'intera comunità, aprendo la strada a molteplici pretese risarcitorie nei confronti del reo per cui sarebbe impossibile distinguere le riparazioni legittime da quelle indebite.

⁴² MANNOZZI, op. cit., p. 83.

Inoltre, sono stati fatti presenti i possibili inconvenienti che si potrebbero avere nei confronti di quei soggetti che, seppur volenterosi di attivarsi al fine di riparare il danno provocato, non siano in grado di farvi fronte a causa di una minore capacità lavorativa (come nel caso di portatori di handicap) o della condizione economica, tale da provocarne l'insolvibilità, lasciando la possibilità di 'riscattarsi' solo ad alcuni. Dobbiamo considerare le condizioni personali del reo un limite alla *restitution* e alla giustizia riparativa?

Il problema sicuramente sussiste ma non deve essere dimenticato che, al vaglio delle vittime, anche forme di riparazione simbolica possono essere giudicate soddisfacenti: niente vieta che a forme di danno materiale possano essere corrisposte forme di riparazione immateriale, come, alternativamente, i danni immateriali possono essere riparati con mezzi materiali.

Prima di sancire l'irreparabilità di un danno, quale potrebbe essere quello di un delitto di sangue, la giustizia riparativa cerca di battere tutte le piste possibili offerte dalle condizioni peculiari dell'autore e della vittima, a cui si aggiunga che la ricerca della soluzione può essere notevolmente aiutata dall'incontro e dal dialogo fra le parti che è un altro degli strumenti tipici dei programmi di giustizia riparativa, ossia lo svolgimento di una attività di mediazione finalizzata anche ad individuare quale possa essere la forma migliore per riparare il danno subito dalla vittima.

Tutto questo, tuttavia, non toglie che sarebbe veramente difficile immaginare l'estensione dei rimedi restitutori in tutti quei reati privi di vittime e di conseguenze dannose come i reati di pericolo, in cui ad essere sanzionata non è la produzione di un evento lesivo ma la determinazione di un pericolo per l'incolumità altrui a cui solo eventualmente potrebbe seguire un danno, oppure i delitti che siano stati solo tentati.

Non mancano idee per cercare di estendere anche a queste ipotesi i rimedi restitutori, come la considerazione che il tentativo di delitto sarebbe sempre preceduto o accompagnato da delle attività intrinsecamente dannose e come tali risarcibili⁴³ oppure, nei reati di pericolo, considerare l'intera comunità, nel quale il danno potrebbe manifestarsi, come vittima, facendosi seguire, però, tutti quei problemi legati all'individuazione della comunità e alla quantificazione del danno diffuso.

⁴³ MANNOZZI, op. cit., p. 86.

8. *Il dialogo fra vittima e autore del reato, i benefici della mediazione*

Come già accennato, la sola riparazione, come delineata dal *restitution movement*, allude ad un risultato solo parziale rispetto a quello atteso dalla giustizia riparativa. Il risultato pieno a cui la *restorative justice* mira sarebbe meglio descrivibile con la ristorazione, ricostituzione, rigenerazione dei danni patiti dalla vittima, che vanno ben oltre al semplice dato economico.

Mentre la riparazione allude al ripristino di una condizione materialmente equivalente a quella precedente lo svilupparsi del danno, la rigenerazione pretende una “trasformazione” di tutte le parti in causa, in primo luogo della vittima, e dunque rappresenta un superamento della condizione precedente al verificarsi del danno, ossia un rafforzamento⁴⁴.

In questo senso, la riparazione del danno materiale costituisce solo un presupposto di questo rafforzamento della vittima che, in realtà, pretende altro.

Uno degli elementi fondamentali propri di tutti i programmi di giustizia riparativa, fra cui spicca fra tutti la mediazione (VOM, *victim-offender mediation*), è il tentativo di instaurare un dialogo, su base volontaria e opportunamente moderato, fra vittima, autore del reato e, quando se ne ravvisi l'opportunità, tutti coloro che sono stati variamente coinvolti nell'evento dannoso.

Dopo aver verificato l'assenza di pericoli di vittimizzazione secondaria, il confronto diretto fra vittima e autore, anche da ripetersi in più incontri, con o senza l'intervento attivo di un terzo moderatore o dei rispettivi contesti familiari/sociali, può permettere alla vittima di affrontare e superare le paure e le insicurezze generate dal reato, le quali, se non adeguatamente trattate, rischierebbero di tradursi in un handicap invasivo della propria vita.

Il confronto e il dialogo su quanto è accaduto e la presa di coscienza delle ragioni reciproche, invece, possono concretamente massimizzare i benefici offerti dalla giustizia riparativa a tutti i soggetti coinvolti.

⁴⁴ ZEHR, *The little book of restorative justice*, Good Books, New York, 2014, p. 19.

Innanzitutto, mediante la sua attiva collaborazione, la vittima ha la possibilità di esternare il proprio dolore e di contribuire alla ricerca di una soluzione che sia la più soddisfacente per lei: alla vittima è concessa la possibilità di esprimersi su come in futuro l'autore del reato dovrebbe comportarsi per rimediare alla propria condotta lesiva identificando le obbligazioni riparative essenziali da adempiere⁴⁵.

Questo, tuttavia, non si traduce in una sorta di "tirannia della vittima" alla quale vengono fatalmente affidate le sorti del reo, infatti tali obbligazioni sono oggetto di discussione e anche l'autore ha la facoltà di contribuire alla loro determinazione, indicando le modalità e i tempi in cui, a seconda delle proprie condizioni personali ed economiche, potrebbe meglio assolvere alla riparazione.

Alla base di questo modo di procedere vi è la convinzione che una soluzione concordata dai suoi destinatari sia maggiormente effettiva (sia dal punto di vista del gradimento dei contenuti che delle probabilità di realizzazione) di una soluzione unilateralmente imposta da parte dello stato o da un altro soggetto.

Un limite implicito ai possibili contenuti della soluzione sembrerebbe essere quello dell'impossibilità di imporre misure di carattere afflittivo/retributivo, ossia il cui unico risultato sia quello di provocare nel reo un male o una sofferenza in ragione della sofferenza patita dalla vittima: non ci vuole molto a capire le ragioni del divieto dal momento che la giustizia riparativa rappresenta la chiara avversità per ogni pratica, giudiziaria e non, finalizzata a scopi non direttamente correlabili alla riparazione del danno.

Se il dialogo rappresenta l'attitudine alla ricerca razionale e inclusiva delle soluzioni ai problemi della vita quotidiana, la violenza rappresenta la sua negazione, ossia l'imposizione di un risultato non condiviso; allora, compito della giustizia riparativa è quello di recuperare tale dialogo o, se non possiamo parlare di un dialogo preesistente fra le parti, non permettere che il reato vada a compromettere definitivamente la possibilità di una sua instaurazione.

⁴⁵ ZEHR, op. cit., p. 23.

9. *Segue: il ruolo affidato alle emozioni*

Uno dei risvolti più interessanti riguardanti l'incontro è sicuramente l'effetto "emotivo" o "empatico" atteso fra vittima e reo, infatti mentre l'ideale illuministico pretende che la composizione della lite sia razionale ed emotivamente asettica, la giustizia riparativa, invece, accetta e accoglie l'ingresso del bagaglio emotivo delle parti.

Se il compito della giustizia riparativa è quello di riparare il danno complessivo subito dalla vittima mediante il riconoscimento reciproco delle proprie ragioni e condizioni di vita, anche la comprensione dello stato emotivo altrui va a contribuire alla creazione di quel circolo virtuoso di interazione e di collaborazione in vista del raggiungimento di una soluzione auspicabilmente condivisa⁴⁶.

La recente scoperta dei neuroni a specchio ha fortemente rianimato lo studio e la ricerca di questo aspetto "trasmissivo" delle emozioni.

La rabbia, l'odio, la frustrazione e la paura sono le tipiche forme in cui si manifesta la sofferenza di chi abbia subito una violenza. Queste emozioni, inevitabilmente, affiorano quando le persone sono chiamate a ripercorrere, durante il racconto, quegli eventi che hanno determinando una svolta nella loro vita, la quale non sarebbe più stata quella di prima.

Questa perdita del prima consiste nella permanenza di una condizione di insicurezza, di sfiducia verso gli altri e verso se stessi. E' una condizione limitante e potenzialmente impossibile da superare, per tornare ad una condizione psico-fisica quanto più simile a quella *ex ante*, senza un adeguato supporto professionale⁴⁷.

Diventa facile capire il limite oltre il quale le composizioni formali dei conflitti, come il processo, finiscono per fallire.

Il nostro sistema processuale penale, con il suo clima solo apparentemente neutro, oltre a manifestare un generale disinteresse per l'aspetto emotivo e psicologico della vittima e del reo, continua a contribuire all'allontanamento delle persone mediante l'attribuzione di "maschere" formali ben definite nei compiti e nei diritti. L'attribuzione dei ruoli di imputato e parte civile finisce, inevitabilmente,

⁴⁶ REGGIO, op. cit., p. 126.

⁴⁷ ZEHR, op. cit., p. 19.

per sancire l'incomunicabilità fra le persone e il rafforzamento di quei sentimenti deleteri generati dal reato.

Invece, nell'attività di incontro presupposto dalla mediazione penale uno degli obbiettivi è proprio quello di impedire l'aggravamento del conflitto che, spesso e volentieri, è proprio l'incomunicabilità a determinare.

L'assenza di comunicazione impedisce alle parti di risolvere i loro problemi.

A volte le soluzioni possono essere di una semplicità tale da essere disarmante, mentre non si esclude che siano tanti i casi di liti originariamente lievi che, una volta arrivate al processo, hanno generato ferite talmente profonde da rendere inconsistente qualsiasi tentativo di riparazione.

Così il limite del processo segna l'inizio di dove l'attività di mediazione può operare: chiedere ai protagonisti della vicenda di confrontare le proprie versioni sull'accaduto non ha la funzione di ricostruire oggettivamente i fatti rilevanti, anzi, spesso può essere richiesta una narrazione divagante e l'accento può soffermarsi su terze persone o avvenimenti già lontani nel tempo, irrilevanti ai fini giuridici ma che, non di meno, possono aver contribuito alla generazione del conflitto. Facendo leva sulle relazioni preesistenti, vittima e reo hanno la possibilità di rievocare ciò che di bello c'era nella loro relazione preconflittuale.

Cosa dire, però, di quei casi in cui vittima e reo siano due perfetti estranei legati solo dal reato? Quale valenza possono avere le parole commosse o irose di qualcuno con cui non si è mai condiviso niente?

Ecco, allora, che l'empatia e la comunicazione delle emozioni, ossia l'immedesimazione nella sofferenza altrui (che sia della vittima o del reo, fra estranei o familiari) possono guidare l'ascoltatore al riconoscimento della "umanità" e della "dignità" dell'interlocutore.

E' proprio il riconoscimento reciproco dell'umanità altrui a comporre il conflitto in un dialogo e a trasformare il bagaglio emotivo con cui le parti si sono presentate in qualcos'altro di più sostenibile dove rabbia e paura non sono dominatrici.

“Per l'autore di reato poter ascoltare queste parole può contribuire ad una responsabilizzazione, che deriva dal dover fare i conti con le conseguenze negative della propria condotta.

La giusta attenzione alla vittima, al suo vissuto, alle sofferenze subite, differenzia la mediazione dai tradizionali meccanismi di reazione punitiva dello stato al fatto criminoso, che tende a “spersonalizzarsi” per essere considerato per lo più una violazione dell’ordine costituito.

La responsabilità assume un altro significato in mediazione, nel senso che non si è soltanto “responsabili di qualcosa” o “responsabili per qualcosa” che si è fatto, ma soprattutto “responsabili verso qualcuno”.⁴⁸

La vittima può così superare la “demonizzazione” del suo offensore, condizione minima per essere pronta a recepire in modo razionale e neutrale la versione e le ragioni addotte dall’autore nella sua ricostruzione dei fatti; il reo, a sua volta, mediante il riconoscimento dell’entità del danno arrecato e della intrinseca umanità della vittima, viene indotto a superare quelle “tecniche di neutralizzazione”⁴⁹ con cui gli autori di reato tendono a giustificare le proprie azioni.

Si tratta di un insieme di meccanismi di difesa illustrati dalla psicoanalisi (rimozione, dislocazione, proiezione) con cui Skyes e Matza hanno dato una spiegazione all’origine dei comportamenti devianti.

In particolare, con queste tecniche, il soggetto deviato attribuisce la responsabilità dell’accaduto a circostanze esterne o “sottoculturali”, intendendo come sottocultura quell’insieme di valori alternativi o contrari ai valori del gruppo sociale dominante; un’altra tecnica consiste nel minimizzare il danno arrecato, ammettendo la sola contrarietà a legge della propria condotta ma non la sua immoralità, oppure la vittima può essere arrogantemente negata perché ritenuta “meritevole” di subire l’azione criminosa a causa di una irrazionale qualificazione per stereotipi (culturali, sociali, religiosi, sessuali, politici, etnici, ecc.) con conseguente condanna dell’ipocrisia o della cecità di chi disapprovi il comportamento.

Se tali tecniche possono essere poste a spiegazione dei fattori criminogeni allora la mediazione, oltre a predisporre il reo alla soluzione del conflitto attuale, può esercitare un utile funzione specialpreventiva per il futuro proprio perché andando ad insistere sul riconoscimento da parte del reo della propria responsabilità,

⁴⁸ LO CASCIO, *Vittime e autore del reato nella stanza della mediazione*, in *Punire mediare riconciliare, dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, FIADANCA, VISCONTI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009, cit. p. 147.

⁴⁹ MANNOZZI, op. cit., l’A. riassume il lavoro di Skyes e Matza relativo alle tecniche di neutralizzazione, pp. 115-123.

dell'esistenza ed entità del danno e della umanità della vittima in quanto persona unica e sofferente nonostante le macrologiche differenze, c'è la possibilità che l'autore non vi ricorrerà più anche in altre situazioni.

Permangono, tuttavia, dei dubbi riguardo questa "esperienza di immedesimazione nella sofferenza altrui", ossia non è chiaro se le esperienze empatiche possano veramente contribuire alla composizione di un dialogo cosciente fra le parti, in cui far valere le proprie ragioni per giungere ad una soluzione condivisibile, oppure se questo meccanismo finisca per rivelarsi solo una momentanea "suggestione". Il pericolo, per dirlo in altre parole, è quello che l'attività di mediazione si fermi alla condivisione della sofferenza e al riconoscimento reciproco, dato di per sé irrazionale che solo apparentemente può rappresentare il raggiungimento di una conciliazione, anzi, va tenuto sempre in mente che la finalità della giustizia riparativa non vanno ricercate nella conciliazione o nel perdono.

"Alcune vittime e avvocati reagiscono negativamente alla giustizia riparativa perché pensano che l'obiettivo di questi programmi sia di incoraggiare, o di forzare, loro a perdonare o a conciliarsi con gli autori del reato.

Come vedremo, il perdono e la conciliazione non sono le fondamenta o gli obiettivi della giustizia riparativa. Vero è che la giustizia riparativa crea un contesto in cui l'una o l'altra possono avvenire. Infatti, casi di perdono o anche di riconciliazione capitano molto più spesso che nel contraddittorio del processo penale.

Comunque sia, questa è una scelta che spetta solamente ai partecipanti. Non ci dovrebbe essere alcuna pressione nella scelta di perdonare o nel ricercare la conciliazione".⁵⁰

Con queste parole, Howard Zher, oltre a ribadire l'incoercibilità della partecipazione ai programmi di giustizia riparativa, confina il perdono e la conciliazione alla sfera morale delle parti e, come tali, possono essere solo un esito eventuale della mediazione.

⁵⁰ ZHER, op. cit., traduzione mia, p. 5.

L'abilità del mediatore, o comunque di chi sia preposto a guidare e moderare i programmi di giustizia riparativa, deve stare nel saper distinguere quando il riconoscimento reciproco possa rappresentare la base per l'instaurazione di un dialogo in cui analizzare le ragioni che hanno dato origine al conflitto addotte dalle parti, dialogo che presuppone il riconoscimento della propria responsabilità da parte dell'autore e l'accettazione, da parte della vittima, dell'attività di riparazione offerta dall'autore. Solo così la giustizia riparativa può essere messa in grado di giungere ai suoi effetti rigenerativi massimi in cui conciliazione e perdono non sono obiettivi essenziali seppur fortemente auspicabili.

Senza questo aspetto, l'attività di "mediazione" intorno alla quale si costruiscono le *restorative practices* rischia di trovarsi appiattita ad una forma di 'comunicazione empatica' volta non a ricostruire il 'dialogo' in senso forte, quanto piuttosto ad istituire una comunicazione emotiva tanto aleatoria quanto difficilmente controllabile nei suoi contenuti.

Il pericolo è che, perdendo di vista l'esigenza di evidenziare e vagliare anche le 'ragioni' (e le non ragioni) delle parti, anche l'esito stesso del loro incontro assuma come misura del proprio successo, e della relativa 'soddisfazione' delle parti, il solo dato empatico (o sintonico), cadendo in un esito emotivistico. (...) il che può significare, in ultima istanza, indurre una forma di condizionamento⁵¹.

La ricerca di una conciliazione che non tenga conto delle ragioni che hanno generato il conflitto (empatia senza ragione) segnerebbe il raggiungimento di un equilibrio solo apparente e precario, destinato a dissolversi una volta che sia passata la suggestione generata dal confronto; risultato non dissimile a quello ottenuto dalla composizione del conflitto nelle forme del contraddittorio penale (ragione senza empatia).

⁵¹ REGGIO, op. cit., cit. p. 127.

10. *Il rapporto fra le diverse sfaccettature della “restoration”*

Il concetto di *restoration*, come abbiamo visto finora, risulta essere molto ampio e complesso come ampie e complesse sono le problematiche della vittima a cui il paradigma riparativo si rivolge.

Questo dato si è tradotto nello sviluppo di diverse teorie e modelli di giustizia riparativa che, seppur tenendo sempre in prima considerazione il concetto di *restoration*, finiscono per privilegiare una o più sfaccettature di questa a scapito di altre, arrivando a delineare una serie di modelli variamente conciliabili fra loro ma, a volte, con delle implicazioni nettamente contrastanti.

Van Ness e Johnstone, consci dell'inesistenza di una definizione univoca in materia, propongono una tripartizione del concetto di *restoration* che possa descrivere le diverse famiglie di modelli in cui il paradigma riparativo è stato finora sviluppato: “*encounter*”, “*reparative*” e “*transformative*”⁵².

11. *La “Encounter Conception” e il problema della ragionevolezza del consenso.*

La *encounter conception* è quella che privilegia l'incontro fra le persone coinvolte nel reato e la loro attiva collaborazione nella risoluzione del conflitto. Possiamo fare riferimento alla definizione di Marshall:

“La giustizia riparativa è un processo nel quale tutte le parti che hanno un certo interesse in un particolare reato, si incontrano per decidere insieme come gestire le conseguenze del reato e le sue implicazioni per il futuro”.

⁵² VAN NESS, JOHNSTONE, in *Handbook of restorative justice*, 2007, Willan Publishing, Portland, cit. p. 15.

Ad esse possono essere affiancati dei professionisti il cui compito è di facilitare la composizione della lite in un ambiente sicuro, privo di pericoli di vittimizzazione secondaria, informale e alternativo alle ordinarie vie della giustizia, le quali, al contrario, sono caratterizzate dal dominio dei professionisti e delle forme. Secondo questa concezione non vi può essere giustizia riparativa se le parti non acconsentono ad accedere ad uno dei tanti programmi di mediazione elaborati a livello internazionale⁵³ con cui spesso, nel dire comune, viene identificata *in toto* la giustizia riparativa.

Fra le implicazioni maggiori derivanti da questa impostazione vi è che la preminenza dell'incontro pone inevitabilmente in secondo piano la riparazione in senso stretto: nell'*encounter conception* non è configurabile alcuna forma di riparazione che non sia stata proposta, valutata e concordata nell'incontro fra le parti. Prevedere forme di riparazione del danno a prescindere dalla composizione materiale del conflitto fra autore e vittima significherebbe rimettere nelle mani dello stato (o comunque di un soggetto estraneo al reato e alle parti) la risoluzione del conflitto.

Se ciò avvenisse la riparazione non potrebbe avvicinarsi a quegli effetti rigenerativi massimi auspicati perché non potrebbe che atteggiarsi quale appannaggio della retribuzione o della rieducazione.

Momento centrale dell'*encounter conception* è l'elemento consensuale su cui si basa la composizione del conflitto, la sua risoluzione e l'adempimento delle obbligazioni *restorative*, fattore da cui derivano le maggiori implicazioni sul piano sistematico e da cui partono le critiche mosse dai sostenitori dell' altra concezione *reparative*.

In primo luogo va rilevato come una simile impostazione faccia leva su aspetti puramente procedurali tale da definirla *process-focused*⁵⁴: la giustizia riparativa sarebbe distinta dalle altre forme di giustizia per via della sue peculiari modalità di composizione del conflitto consensuali e informale, considerate le condizioni imprescindibili per favorire la *restoration*.

Calata questa concezione all'interno del panorama dei metodi di risoluzione dei conflitti offerti dallo stato, la giustizia riparativa non potrebbe che atteggiarsi quale

⁵³ Per una chiara ed esauriente classificazione dei programmi di giustizia riparativa mirati all'incontro rinvio al lavoro di MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, op. cit.

⁵⁴ REGGIO, op. cit., p. 100.

alternativa ‘in senso forte’ (ossia totalmente altra) alle vie ordinarie della giustizia, che non le potrebbe sostituire o integrare ma andrebbe ad affiancarle.

Il risultato sarebbe la creazione di un terzo binario processuale capace di distogliere il reo dalla sequenza reato-pena grazie a forme di *diversion* operanti prima dell’inizio del processo o durante, predisponendo delle forme di sospensione, a cui dovrebbero essere fatte ricondurre delle cause di improcedibilità conseguenti al risultato riparativo o di estinzione della punibilità o del reato⁵⁵.

Non pare intendersi ad altro, se non alla necessaria alternatività in senso forte della giustizia riparativa, la semplice ma efficace riflessione di Gherardo Colombo per cui:

“Posto che il fare giustizia riparativa, per esempio attraverso la mediazione, richiede comunque la partecipazione volontaria del responsabile alla trasgressione, sarebbe impossibile che essa diventasse sistema perché la partecipazione ai programmi di giustizia riparativa non può essere imposta coattivamente. Uno dei presupposti necessari perché la *restorative justice* assurga a sistema – costituito dalla possibilità che sia applicata anche senza il consenso delle parti – viene dunque a mancare”.⁵⁶

In secondo luogo vi è da domandarsi se il consenso e la volontà delle parti sia di per sé sufficiente a rendere i contenuti ‘desiderati’ della risoluzione del conflitto ‘desiderabili’ ovvero se siano necessari dei filtri che facciano rinvio a dei criteri ulteriori di ragionevolezza.

Se accettassimo l’idea della sufficienza del consenso, allora, dovremmo necessariamente considerare la determinazione dei contenuti della risoluzione nella piena disponibilità delle parti, mentre, il richiamo a dei filtri di ragionevolezza rinvierebbe alla necessità di vagliare la desiderabilità di tale incontro di volontà alla luce di tre differenti profili⁵⁷.

⁵⁵ PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in *Giustizia riparativa*, op.cit., pp. 67-81.

⁵⁶ COLOMBO, *La giustizia riparativa può essere sistema?*, in *Giustizia Riparativa*, op. cit., pp. 59-64, cit. p. 63.

⁵⁷ REGGIO, op. cit., p. 122.

Il primo riguarda l'accertamento della base fattuale su cui deve vertere il dialogo. Poiché l'accertamento fattuale non è uno dei compiti della mediazione, sarebbe inaccettabile l'idea di lasciare al libero dialogo delle parti la ricostruzione degli eventi che hanno costituito il reato, così che è inevitabile che per parlare di vittima e di autore del reato all'interno di un programma di giustizia riparativa sia necessariamente presupposto un accertamento a monte dei fatti e delle rispettive responsabilità.

Il che può avvenire in diversi modi⁵⁸: o ci si affida ad un accertamento offerto dalla giustizia ordinaria, oppure è necessario condizionare l'accesso ad una confessione o ad una almeno parziale ammissione dell'addebito esplicita o implicita.

Invero, non sono infrequenti i richiami a tali forme di ammissione della responsabilità ai fini dell'accesso a forme di mediazione come visto, *in primis*, nella direttiva 2012/29/UE dove all'art. 12, punto c), viene subordinata la sicurezza e competenza dei programmi di giustizia riparativa al fatto che "l'autore abbia riconosciuto i fatti essenziali del caso".

Entrambe le alternative suscitano delle perplessità: nel primo caso ricorrere agli strumenti processuali ordinari, anche se solo inizialmente e ai fini dell'accertamento, comporterebbe la composizione duale e avversaria della lite tipica del processo accusatorio da cui la giustizia riparativa tende a rifuggire perché potenzialmente amplificatrice del conflitto. In più potrebbe significare la vanificazione di tutti i propositi di prevenzione dei pericoli di vittimizzazione secondaria dovuti sia ai tempi prolungati del processo che all'assenza di una organizzazione qualificata e sensibile alle problematiche delle vittime.

Nel secondo caso, invece, pare difficile anche solo immaginare la piena volontà di chi rinunci a difendersi confessando la propria responsabilità senza l'interesse ad ottenere un vantaggio, sotto forma di un trattamento sanzionatorio mitigato, o per l'indisponibilità di un'adeguata difesa tecnica, tanto da arrivare a configurare quella coercizione al compromesso tanto cara alla 'soave inquisizione'.

“La cointeressenza di un simile modello con schemi tipici del ‘patteggiamento’ e dei suoi archetipi anglosassoni del *nolo contendere* e del *plea bargaining* – ancorché facente leva sul consenso – appare

⁵⁸ REGGIO, op. cit., p. 124.

difficilmente conciliabile con la prospettiva *restorative*, soprattutto laddove l'accesso al procedimento risponda all'utilità di derogare all'*iter* del processo per evitare i costi materiali e morali, o per lucrare una soluzione sanzionatoria più vantaggiosa.

Non va infine dimenticato che il consenso può essere ottenuto con lusinghe o agevolazioni, e finanche 'forzato', soprattutto laddove lo squilibrio fra le parti e le loro 'armi contrattuali' sia tale da privare il 'contraente' debole di adeguate difese: un fatto che può verificarsi tanto all'interno di un sistema formalizzato di giustizia quanto (e soprattutto) in prassi informali".⁵⁹

Del secondo ne abbiamo già parlato (*supra* §11) e riguarda un livello di 'ragionevolezza interna', ossia fra le parti, della *restoration*: si tratta della necessità che il consenso delle parti sia fondato su un dialogo cosciente anche delle ragioni della controparte e non solo sulla suggestione generata dal riconoscimento del carico emozionale altrui che, se preso singolarmente, può atteggiarsi anch'esso come una forma di coercizione della volontà, ossia una violenza.

Il terzo è rispettivamente un criterio di ragionevolezza esterna da vagliare con coloro che non abbiano partecipato alla composizione del conflitto ma che, non di meno, abbiano riservato nella risoluzione di questo la soddisfazione di personali aspettative di giustizia. Il riferimento va alla comunità e più precisamente a quella comunità civile entro la quale si è manifestato il conflitto, più o meno estesa a seconda dell'entità di allarme sociale generato, e che confida nella trattazione di casi analoghi in maniera simile nel rispetto del principio di certezza del diritto e di uguaglianza.

Non ci vuole molto a capire che a trasparire è quell'atavico desiderio di proporzione che chiunque può affermare di avere connaturato al proprio sentimento di giustizia, sebbene, nella comune esperienza, si sia sempre riempito dei contenuti più diversi (*lex talionis*, vendetta, retribuzione, rieducazione, risarcimento, riparazione, ecc.).

Potremmo dire che il diritto ha sempre cercato di creare e tutelare situazioni e soluzioni giuridiche giustificandole come proporzionate, anche quelle che agli occhi

⁵⁹ REGGIO, op. cit., cit. p. 124.

odierni post-costituzionali sono delle palesi ingiustizie come il suffragio maschile, la schiavitù, le caste sociali, le fustigazioni e le pene capitali: tutte esse hanno avuto una ragione di esistere ritenuta ragionevole ai rispettivi contesti storici e ambientali.

Se la ricerca di una maggiore giustizia significa affinare la misurazione per adeguare la proporzione, allora un cambio di paradigma comporta il mutamento dell'intero sistema di unità di misura; ma forse non è propriamente questo il caso della giustizia riparativa, o almeno non va confusa la pretesa di sostituire le universali e complete concezioni retributive e rieducative con l'affermazione dell'ennesima imponente costruzione sistematica peccante del dogma della completezza, ma deve essere specificato: quella che viene offerta è un'immagine totalmente rinnovata della giustizia e qui mi rimetto alle parole di Umberto Curi relative all'immagine allegorica della giustizia:

“Ebbene, se dovessi esprimere in maniera molto sintetica il mio punto di vista sulla giustizia riparativa, direi che essa può funzionare solo a patto che rinunci non solo alla spada [... e dunque all'esercizio della forza, del potere, della violenza del diritto ...], ma anche alla bilancia e alla benda”.⁶⁰

La giustizia riparativa, rifiutando la spada e in particolar modo la bilancia e la benda, rifiuta, di riflesso, l'atavica immagine di un cosmo dominato da canoni e proporzioni conoscibili dall'uomo e cristallizzabili nel diritto.

“Se le caratteristiche salienti dei modelli retributivo e rieducativo sono la generalità e l'astrattezza – efficacemente rappresentati dalla benda – la giustizia riparativa deve rovesciare questa impostazione, deve togliere la benda, per sostituire alla generalità e all'astrattezza la particolarità e la concretezza dei casi particolari. [...] La giustizia riparativa deve anche fare a meno della bilancia. La bilancia è lo strumento principe della giustizia tradizionale, in quanto rende possibili tutte quelle misurazioni che permettono di tenere una situazione di equilibrio. Dove l'equilibrio concesso è tra prestazioni e

⁶⁰ CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in *Giustizia riparativa*, op. cit., pp. 33-43, cit. p. 39.

controprestazioni, tra meriti e premi, fra demeriti e castighi, fra colpe e pene. Ma dovrebbe essere evidente che l'equilibrio è possibile solo se ci sono due entità che possano essere confrontate e contrapposte, se ci sono due pesi valutabili nella stessa misura. [...] Ma non è questa la situazione in cui è chiamata ad agire, sceglie di intervenire, la giustizia riparativa. Al contrario, il quadro generale in cui essa agisce è la sproporzione fra le forze, un irrimediabile squilibrio fra le due parti, qualcosa che assomiglia talora all'incommensurabilità fra le due parti".⁶¹

Come potrebbe, la giustizia riparativa, superare quel filtro di ragionevolezza esterna se questo continua a rimanere improntato a quei principi di generalità, astrattezza e proporzione delle concezioni retributiva e rieducativa?

No one chance finché non saranno prima i principi di giustizia diffusi nella coscienza sociale a riconoscere l'incommensurabilità della dignità umana e, di conseguenza, l'accettazione di soluzioni *restorative* umanizzate che possano essere desiderabili nonostante la sproporzione fra i contenuti concordati da soggetti diversi per fatti analoghi.

Quella proposta dalla *restorative justice* può essere considerata una nuova concezione di giustizia laica in linea alle esigenze delle odierne democrazie multiculturali, nelle quali i contenuti della dignità umana e dell'uguaglianza devono essere sempre più frequentemente rivisitati: se tale compito progressista è stato finora rimesso alla legislazione e all'opera di interpretazione dei giudici, questa rimane pur sempre una ricerca intrinsecamente limitata, di 'affinamento delle proporzioni' e di 'coerenza sistematica', mentre la soluzione *restorative* può essere una pagina bianca rimessa alle parti che non devono per coerenza comparare gli eventi vissuti e i propri dolori con gli eventi e i dolori vissuti da altri prima di loro.

La *encounter conception*, grazie alla sua accezione *process-focused*, ossia strumentale, rifugge quelle equazioni assiomatiche totalizzanti e indimostrabili che elevano la giustizia ad etica perché, di fatto, non impone arrogantemente il contenuto della dignità umana da tutelare ma ne accetta l'eterogeneità e, talvolta, l'indeterminatezza, giustificando l'asistematicità, la sproporzionalità, l'asimmetria e la fallibilità del metodo.

⁶¹ CURI, *Senza bilancia*, cit. p. 41.

E' proprio la fallibilità a rendere il metodo adeguatamente orientato allo scopo di non violare la "pari dignità di ogni cittadino" (art. 3 Cost.) e il divieto di pene consistenti in "trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27, 3° comma, Cost.).

12. La "Reparative Conception" e la confusione con la retribuzione

La *reparative conception* adotta un'accezione di *restoration* che non fa leva sugli aspetti procedurali e metodici volti all'incontro fra vittima e reo. Certamente sono riconosciuti i profondi benefici curativi ottenibili dall'instaurazione di un dialogo consensuale, tuttavia la presente concezione vuole superare l'aspettativa di quella *encounter* perché non limita l'adottabilità di una soluzione *restorative* ai soli casi in cui vittima e reo decidano di accedere volontariamente ad un programma di giustizia riparativa: invero sono molteplici le cause per cui un incontro possa non essere auspicabile o possibile⁶². Può essere a causa del rifiuto di una o di entrambe le parti, o per il fatto che vi siano fondati pericoli di vittimizzazione secondaria, ma non vanno dimenticate anche quelle osservazioni relative alla possibile 'illusorietà' ed 'irragionevolezza' del consenso manifestato, sia da parte della vittima, che rischia di dimenticare le proprie ragioni suggestionandosi dal dolore e dal rimorso del reo, che da parte di quest'ultimo, la cui libera scelta di voler rimediare al male provocato sarebbe dimostrabile solo in assenza di una qualsiasi possibilità di strumentalizzazione utilitaristica dei

Per capire meglio sulla base di quale pensiero sia possibile pervenire ad una *restoration* anche in assenza dell'incontro tra le parti mi rifaccio alla definizione di *restorative justice* proposta da Howard Zher, uno dei maggiori sostenitori della *reparative conception*:

"La giustizia riparativa è un processo che include, per quanto possibile, coloro che sono stati partecipi di un reato specifico e che opera il riconoscimento collettivo dei

⁶² ZHER, op. cit., p. 14.

rispettivi danni, dei bisogni e delle obbligazioni, al fine di curare e di mettere le cose a posto per quanto possibile (*in order to heal and put things as right as possible*).⁶³

Il tratto saliente di questa definizione è il risultato finale riparativo atteso. La sua assenza non potrebbe che compromettere l'essenza stessa della *restorative justice* che si ridurrebbe al solo approccio informale e consensuale:

“A riprova di quanto osservato basti notare come [...] sia difficile, se non impossibile, negare la qualifica di *restorative* ad una qualsiasi transazione o ad un accordo compromissorio raggiunto fra parti confliggenti: l'estensione concettuale della *restoration* si trova così tanto dilatata quanto diluita nella propria specificità”.⁶⁴

Zehr afferma che la giustizia riparativa si basa su una “vecchia e comune concezione di ciò che è sbagliato” che si può trovare espressa, anche se in modi differenti, presso moltissime culture e che può essere così compendata:

- a. Il crimine è una violazione delle persone e delle relazioni interpersonali;
- b. Le violazioni creano obbligazioni;
- c. L'obbligazione principale è quella di mettere le cose a posto.

Esiste in capo all'autore del reato l'obbligazione di riparare il danno per il solo fatto che sia stata commessa colpevolmente una violazione. Non sono l'incontro e il dialogo a 'sostanziare' l'obbligazione di riparare il danno perché tale obbligazione è già sussistente sin dal momento della violazione.

Si capisce che, secondo questa impostazione, la riparazione ha un'intrinseca valenza etica che sposta l'attenzione dal conflitto al danno e ai bisogni; dalle

⁶³ ZHER, op. cit., traduzione mia, p. 38.

⁶⁴ REGGIO, op.cit., p. 112.

procedure di composizione del conflitto ai risultati attesi, ossia una concezione *outcome-focused*.

Sono diverse le implicazioni e le differenze con l'*encounter conception* discendenti da tale pretesa di eticità della riparazione.

In primo luogo, lo abbiamo già accennato, sarebbero possibili delle soluzioni *restorative* anche a prescindere dalla volontà di vittima e reo: non vi sarebbero quegli effetti rigenerativi massimi auspicati dalla mediazione, ma abbiamo già visto come anche la semplice ed immediata riparazione del danno, in forma specifica, per equivalente o mediante attività lavorativa, possa contribuire alla cura della vittima (anche se insofferente nei confronti dell'autore) e ad una responsabilizzazione dell'autore stesso.

Quindi niente toglie che la riparazione del danno, a fronte dell'indisponibilità della vittima o del reo, possa essere imposta dal giudice all'interno di un processo e rappresentare quel primo passo per poi giungere ad un successivo incontro di mediazione che, così, tenga conto dei maggiori tempi per le rispettive elaborazioni individuali.

Oltre ad essere ampliati i casi in cui sia possibile procedere alla riparazione del danno, la *restorative justice* perderebbe quella connotazione di 'alternatività forte', ossia di 'completamente altro', al sistema processuale penale. La *reparative conception*, infatti, concentrandosi sui risultati attesi dalla soluzione *restorative* e non sulla specificazione del procedimento, non preclude che soluzioni simili siano adottabili anche all'interno delle ordinarie vie della giustizia penale.

Ciò che i sostenitori della *reparative conception* criticano di quella *encounter* è di aver recluso la giustizia riparativa all'interno di un novero di procedure alternative tanto limitate quanto potenzialmente ininfluenti sul piano del rinnovamento della giustizia⁶⁵.

Contrariamente alle aspettative dei sostenitori della giustizia riparativa, il primato della giustizia retributiva non potrebbe essere minimamente scalfito e continuerebbe non solo ad essere ampiamente applicata nei procedimenti ordinari e così ad essere collettivamente sentita e interpretata come 'la Giustizia', ossia il valore etico dominante nella lotta al crimine.

⁶⁵ REGGIO, op. cit., p. 164.

Insomma, quella ‘alternatività forte’ asserita alla *encounter conception* in realtà sarebbe debole perché incapace non solo di imporre quel cambio di paradigma ma, anzi, opererebbe un riconoscimento implicito (una sorta di ‘meta-messaggio’) della centralità del modello retributivo, relegando la *restoration* all’eccezionalità.

La rivoluzione copernicana della giustizia riparativa dovrebbe cominciare fin dal cuore dell’attuale modello di giustizia, determinando un connubio di modelli in cui l’alternatività sia realmente forte, ossia che riesca a prendere solo il meglio di ciò che la giustizia ordinaria può offrire e che vada a sostituire sempre di più, mano a mano che i principi *restorative* si diffonderanno, i valori della retribuzione con quelli della riparazione:

“La giustizia riparativa sogna che un giorno tutta la giustizia sarà *restorative*, ma se ciò sia realistico è discutibile, almeno nell’immediato futuro. [...] La società deve avere un sistema che accerti la ‘verità’ al meglio quando le persone negano la propria responsabilità. Alcuni casi sono semplicemente troppo complessi e orrendi per essere trattati da chi vi abbia avuto parte. [...] Non dobbiamo perdere quelle qualità che il sistema legale rappresenta al meglio: il ruolo della legge, i principi del giusto processo, la profonda attenzione per i diritti umani, lo sviluppo ordinato della legge”.⁶⁶

Tuttavia tale compatibilità della giustizia riparativa con l’intervento del giudice e del processo suscita dei dubbi: se vittima e autore del reato non fossero in grado o intenzionati a collaborare, potrebbe il giudice ordinario, da solo, operare quel “riconoscimento collettivo dei rispettivi danni, dei bisogni e delle obbligazioni, al fine di curare e di mettere le cose a posto per quanto possibile”?

In base a quali criteri di ragionevolezza potrebbe essere considerata *restoration* una soluzione della controversia che prescinda dal contributo dialettico ed empatico dei proprietari della lite? Ma soprattutto, a fronte dell’intrinseca forza esercitata dagli strumenti della giustizia penale, dovremmo considerare coercibile l’obbligazione di mettere le cose a posto per quanto possibile?

Procediamo con ordine.

⁶⁶ ZHER, op. cit., traduzione mia, p. 55.

Se nella *reparative conception* la *restoration* può prescindere dalla volontà delle parti e limitarsi ad una apatica riparazione del danno, tale contenuto sembrerebbe poter essere ragionevolmente disposto anche dal giudice in un procedimento ordinario, il quale rivestirebbe un ruolo fondamentalmente sussidiario alle ipotesi in cui non sia configurabile una composizione consensuale e informale del conflitto adeguata alla riparazione.

Tuttavia, in assenza del contributo dialettico di vittima e reo, come potrebbe il giudice operare quel riconoscimento collettivo di danni, bisogni e obbligazioni? All'occorrenza sarebbero necessari degli strumenti che possano contestualizzare la decisione del giudice, per esempio rendendo la comunità di riferimento partecipe del procedimento decisionale: non in veste di vittima secondaria, bensì per apprezzarne il necessario contributo conoscitivo e di contestualizzazione del conflitto.

Ovviamente, che tale partecipazione possa essere sia più che meno incisiva, non sarebbe comunque esente dalle problematiche di garanzia della terzietà e imparzialità del giudice. Tuttavia non si vede come sarebbe possibile operare un simile riconoscimento non contestualizzato senza che la *restoration* si riduca ad una sanzione solo 'astrattamente proporzionata' e 'sistematicamente coerente' a discapito della adeguatezza della riparazione ai bisogni del caso concreto.

La *reparative conception* non pare neppure esente da quelle considerazioni svolte nel paragrafo precedente relative ai criteri di 'ragionevolezza': tuttavia, mentre i primi due profili (accertamento della base fattuale e ragionevolezza interna) non sembrano destare particolari o ulteriori perplessità, qualche considerazione deve essere fatta in merito alla ragionevolezza esterna, ossia alle ragioni per cui chi non ha partecipato alla composizione del conflitto abbia la possibilità di accertare che la *restoration* non sia stata un prodotto immotivatamente discrezionale e sproporzionato ad altre situazioni analoghe.

Abbiamo già detto che la giustizia riparativa agisce in quell'ottica di personalizzazione, o meglio di 'umanizzazione', della giustizia a tutela dell'indeterminatezza della dignità umana.

Ora, ammesso che sia possibile, come sostengono i fautori della *encounter conception*, procedere almeno ad una parziale identificazione dei suoi contenuti (ossia valida solo per lo specifico caso concreto) mediante incontri informali e volontari fra vittima e reo (ossia i titolari del conflitto), il giudice e il processo ordinario non

potrebbero farsi carico di un simile accertamento senza rischiare di incorrere nell'ennesima accusa di astrattezza dell'ordine giuridico e di recrudescenza della proporzionalità, cara anche alla retribuzione.

Se nella prospettiva di una possibile espansione della giustizia riparativa possono insorgere dei ragionevoli dubbi relativi all'adeguatezza dell'apporto dialogico di vittima e reo, mi pare che tali dubbi siano destinati ad aumentare qualora tale apporto venga a mancare.

Oltretutto, ammesso che anche il giudice abbia gli strumenti idonei per offrire una soluzione del conflitto 'umanizzata' (quale il contributo contestualizzante della comunità) è inevitabile che si presenterebbero dei pesantissimi obblighi di motivazione in capo a chi ricopre il ruolo di garante della coerenza sistematica, della proporzionalità e della certezza del diritto.

Insomma, il giudice che da solo dovesse decretare i contenuti della *restoration* finirebbe per operare nel mezzo a una morsa micidiale: da una parte il necessario ricorso a strumenti di indagine personalizzanti orientati all'adozione di soluzioni umanizzate che, se non accompagnate da una contemporanea sensibilizzazione sociale all'idea di ordine offerto dai valori *restorative*, ossia di un ordine garantito dalla adeguata riparazione di ogni singolo caso e non dalla 'autolegittimante' coerenza della singola riparazione con tutte le altre, finirebbero per decretarne l'insostenibilità dell'obbligo di motivazione delle decisioni adottate; dall'altra, le lusinghe di sistematica coerenza e di autolegittimazione che invitano la giustizia riparativa all'abbandono della ricerca di soluzioni 'caso per caso' e alla costituzione dell'ennesima *Weltanschauung* completa, universale, equilibrata, proporzionata e inevitabilmente astratta, favorita dalla pretesa 'eticità' della riparazione.

Ecco, mi sembra che vada proprio in quest'ultima direzione la constatazione di Zher riguardo alla incompleta contrapposizione tra riparazione e retribuzione:

“Sia la teoria della giustizia retributiva che quella riparativa riconoscono una fondamentale intuizione morale per cui l'equilibrio viene annullato dall'offesa. Conseguentemente, la vittima merita qualcosa e il reo ottiene qualcosa. Entrambi gli approcci argomentano che ci deve essere una necessaria relazione proporzionale tra l'atto e la

risposta. Differiscono, comunque, sulla ‘valuta’ che riempirà le obbligazioni e che ripristinerà l’equilibrio”.⁶⁷

Mi sembra che le differenze fra *encounter* e *reparative conception* non appaiano più così velate: da una parte una concezione di *restoration* mirata all’incontro, completamente altra alla giustizia penale, dall’applicazione inesorabilmente minore perché riconosce i propri limiti per non incorrere nelle inevitabili contraddizioni di ogni teoria totalizzante del diritto; dall’altra una concezione etica di *restoration* che vada a sostituire, il più possibile, l’intera macchina statale del raddoppio del male operando al suo interno fino al raggiungimento dello scardinamento totale della retribuzione, sebbene ne condivida le stesse logiche di coerenza.

La *reparative conception*, accettando l’intervento del giudice e del processo, rischia di confondersi eccessivamente con le finalità prefissate alla giustizia penale ordinaria che sono, per ora, totalmente concentrate sull’autore del reato. In altri termini, vi sarebbe il rischio di una strumentalizzazione delle metodologie tipiche della giustizia riparativa per soddisfare, velatamente, solo le esigenze rieducative o retributive nei confronti del reo.

Proprio il problema della ‘confusione’ mi sembra sia il tema su cui si gioca la possibilità per la *restorative justice* di affermarsi credibilmente, prima che nella legislazione, nella coscienza sociale del paese, dei professionisti e dei cultori del diritto, ma non tanto a causa della sua attuale indeterminatezza quanto, al contrario, per l’immaturità dei tempi ad accettare una definizione compiuta di giustizia riparativa che sia affrancata da ogni possibile contaminazione mistica e proporzionale dell’assiomatico contraccambio che ci sono state tramandate dalle nostre origini culturali greco-romane ed ebraico-cristiane.

“La giustizia riparativa è tanto più persuasiva quanto più non si lascia sedurre dalla definizione di un paradigma alternativo [*totalmente sostitutivo*], ma sceglie programmaticamente di muoversi nello spazio incerto e accidentato di una prassi che non pretende universalità e certezza, che rinuncia deliberatamente ad affidamenti generali, che non

⁶⁷ ZHER, op. cit., traduzione mia, cit. p. 51.

pretende di aver risolto una volta per tutte le aporie connesse con la nozione stessa di pena.

Al contrario, per evitare di essere infine coinvolta e travolta da quelle stesse aporie, la giustizia riparativa dovrebbe mirare a proporsi eminentemente come una pratica – eticamente encomiabile, politicamente auspicabile, umanamente sostenibile – [...]. Una concezione e una prassi che anzi individuano il loro punto di forza nella presa di coscienza del limite insuperabile insito nel diritto in quanto tale, come ‘imitazione’ intrinsecamente e irrimediabilmente imperfetta della giustizia”.⁶⁸

13. La “*Transformative Conception*”

Ci accingiamo all’analisi dell’ultima concezione di *restoration* individuate nella tripartizione di Van Ness e Johnstone.

La *transformative conception* è forse quella con lo spettro di applicazioni possibili più ampio perché, oltre ad adottare un’accezione estesa di ‘conflitto’ in cui il ‘reato’ è solo una sub-specie, viene indicata come “un modo di vivere a cui tutti dovremmo tendere” per riuscire a “modificare il modo nel quale comprendiamo noi stessi e affrontiamo la nostra quotidianità”⁶⁹.

Potremmo dire che se una applicazione ‘piena’ e ‘scolastica’ della giustizia riparativa si esprime nella sequenza [*conflitto – incontro – riparazione – trasformazione*], in cui la trasformazione rappresenta l’affermazione di una nuova coscienza sociale che riconosce il ‘disagio’ che ha contribuito alla genesi del conflitto, allora la *transformative conception* rappresenta quella concezione di giustizia riparativa che pone l’enfasi proprio su quest’ultimo aspetto anche a discapito dell’incontro e della riparazione.

⁶⁸ CURI, *Senza bilancia*, in *Giustizia riparativa*, op. cit., p. 42.

⁶⁹ VAN NESS, JOHNSTONE, in *Handbook of restorative justice*, 2007, Willan Publishing, Portland, cit. p. 15.

Potremmo dire che il ‘conflitto’ rappresenta l’occasione, ‘incontro’ e ‘riparazione’ i mezzi (non necessariamente gli unici) e la ‘trasformazione’ il fine.

Ma cosa è la trasformazione? Innanzi tutto è il motivo per cui la *restoration* dovrebbe essere una soluzione duratura. In secondo luogo coinvolge tutti coloro che sono stati parte del conflitto ma non solo, poiché è tanto più effettiva quanto è estesa all’interno del contesto sociale. In terzo luogo non è il perdono o la riconciliazione, per cui rinnovo la constatazione che entrambi sono dei risvolti che riguardano esclusivamente la sfera morale della vittima e del reo.

La trasformazione è quel risultato atteso in cui viene contemplata non solo la cura della vittima e la responsabilizzazione del reo, ma soprattutto le premesse sociali per evitare che in futuro si ripresenti il medesimo conflitto o altri affini, fra le stesse persone o altre a loro vicine.

Quando una persona ruba qualcosa, magari perché molto povera, si arricchisce illecitamente a danno del legittimo proprietario, ma non viene fatta giustizia mediante la restituzione della cosa e la ri-determinazione del precedente stato di povertà del ladro: eppure l’equazione *restorative* è esatta, c’è la restituzione, può esserci la mediazione, può essere responsabilizzante, può curare, possono esserci il pentimento, il perdono e la riconciliazione, ma non basta. Si fa giustizia quando, in futuro, il ladro potrà vivere liberamente senza avere più bisogno di rubare.

Chi mi volesse male argomenterebbe che, con questo esempio, confondo la *transformative conception* con la redistribuzione dei beni. Non è questo, anche se è noto che uno dei maggiori fattori criminogeni sono la povertà e l’indigenza.

“La premessa dalla quale solitamente muovono i sostenitori di questa prospettiva è la collocazione del comportamento umano all’interno di una rete di relazioni che, pur non impedendo la formazione di una volontà autonoma, giocano un ruolo centrale nell’emergere del conflitto.

Pertanto, una risposta al crimine che intenda affrontare in modo strutturale le cause non può limitarsi all’analisi del fatto delittuoso in sé, ma deve indagare più a fondo il contesto sociale ed interpersonale nel quale esso è venuto a manifestarsi. [...]

All’interno di questa comune cornice, i modi con i quali vengono concepiti tali ‘problemi strutturali’ divergono significativamente,

ponendo l'accento ora sulle ineguaglianze sociali, ora sulle relazioni interpersonali, ora infine sui rapporti fra differenti gruppi sociali".⁷⁰

La *transformative conception* non è (solo) 'risolvere il conflitto' ma farlo in funzione della creazione una 'società giusta'⁷¹, il conflitto è solo l'occasione per individuare su quali aspetti sociali sia opportuno intervenire. Resta da chiedersi se per 'società giusta' venga intesa una utopica società senza conflitti, ma forse basta dire che sia una società che 'tende' al superamento dei conflitti e all'eliminazione dei fattori criminogeni senza quei mezzi che, in realtà, li alimentano: l'intimidazione, il contraccambio, il carcere. Come spiega Braithwaite:

“Il crimine è l'opportunità per prevenire un male ancora maggiore, per affrontare il conflitto con quella finezza che trasforma le vite umane in percorsi di benevolenza e di generosità”.

L'approccio *transformative* è differente sia da quello *encounter* che da quello *reparative*: può agire in cumulo a questi, possono essere la stessa cosa, ma può anche agire da solo. Forse è più audace perché non è una procedura o un risultato, ma una coscienza di profonda interconnessione e interdipendenza fra le vite umane. Per fare un altro esempio, superare un conflitto o eliminare un fattore criminogeno potrebbe comportare la prestazione di un'opera pubblica di riqualificazione urbana di un quartiere con un alto grado di 'conflittualità': dove è l'incontro? Che forma ha la riparazione?

Non solo lo stato non è relegato in sussidiarietà, ma può efficacemente agire in prima linea, come chiunque in rappresentanza o meno dell'intera comunità, in forma singola o aggregata, per fare giustizia.

Howard Zher, inizialmente dubbioso sulla compatibilità fra *transformative* e *restorative justice*, afferma che in realtà sono la stessa cosa perché entrambe mirano alla trasformazione delle relazioni interpersonali e, più ampiamente, della società⁷².

⁷⁰ REGGIO, *Giustizia dialogica*, cit. p. 101.

⁷¹ VAN NESS e JOHNSTONE, op. cit., p. 15.

⁷² ZHER, in *Restorative or transformative justice?*, in *Howard Zher Institute of Restorative Justice Blog*, emu.edu/now/restorative-justice, 10-03-2011.

Zher sintetizza le tre domande che caratterizzano un approccio *transformative* e le contrappone a quelle di un approccio propriamente *restorative*:

‘APPROCCIO RESTORATIVE’

- 1) Chi è stato danneggiato e quali sono i suoi bisogni?
- 2) Chi deve rispondere di tali bisogni?
- 3) Chi sono le persone che hanno avuto parte nel conflitto e quale è il modo migliore per coinvolgerle tutte al fine di mettere le cose a posto e prevenire altri futuri episodi conflittuali?

‘APPROCCIO TRANSFORMATIVE’

- 1) Quali sono le circostanze che hanno contribuito alla genesi del conflitto?
- 2) Quali sono le circostanze in comune a questo conflitto e ad altri conflitti analoghi?
- 3) Quali misure potrebbero incidere su tali circostanze per prevenire la generazione di nuovi conflitti analoghi?

Van Ness e Johnstone idealizzano la metafora della casa a tre piani per rappresentare il rapporto fra le tre concezioni di *restoration*⁷³: la casa è costruita sul fianco di una collina e il pendio permette alle persone di andare direttamente al piano desiderato, senza passare dalle scale interne, tramite un sistema di portici e ponti. Il piano terra è la *transformative conception* ed è il piano con l’area maggiore perché è quello che offre le maggiori applicazioni. Il primo e il secondo piano sono rispettivamente la *encounter* e la *reparative conception* che, nonostante l’uguaglianza approssimativa delle superfici, non sono perfettamente sovrapposte.

⁷³ VAN NESS, JOHNSTONE, op. cit., pp. 17-18.

“Primo, le persone che non sono d’accordo [*sulla definizione di restorative justice*] passano la maggior parte del loro tempo su piani diversi della casa. Finché continuiamo a parlare dei processi riparativi nel contesto della lotta al crimine, tutti le persone su tutti i piani sono d’accordo che questa si tratti di giustizia riparativa. Ma una procedura usata per propositi diversi da un caso di violazione di legge (per esempio, aiutare un vicino per trovare una soluzione a un problema) sarà accettato dalle persone sui piani *encounter* e *transformative*, e invece resistito o accettato con malavoglia da quelli sul piano *reparative*. Gli impegni di restituzione riconosciuti in una prassi di giustizia riparativa sono visti da tutti come *restoration*; quelli imposti da un giudice, invece, sono accettati solo dalle persone sui piani *reparative* e *transformative*. Un organizzazione composta dai cittadini di un quartiere povero che si opponga ad un atto del municipio che li danneggerebbe è inteso come *restoration* solo dalle persone sul piano *transformative*”.⁷⁴

⁷⁴ VAN NESS, JOHNSTONE, op. cit., traduzione mia, p. 18.

Capitolo III

MESSA ALLA PROVA, GIUSTIZIA RIPARATIVA E GARANZIE PROCESSUALI

SOMMARIO: Premessa – **Parte I: la messa alla prova del minore** – 1. Messa alla prova degli imputati minorenni: la discrezionalità del giudice e l'adeguatezza alle esigenze educative del minore – 2. I contenuti della prova nell'ordinanza di sospensione e il consenso del minore – 3. L'accertamento della base fattuale e il convincimento del giudice sulla responsabilità penale del minore – 4. Il problema della confessione del minore – 5. Il rapporto fra la messa alla prova e i suoi contenuti riparativi-conciliativi – 6. Per un inquadramento 'rieducativo/riparativo dinamico' della probation minorile italiana – 7. Partecipazione al procedimento e tutela della vittima – 8. L'esito della prova. In particolare, le ripercussioni dell'esito negativo sulla prosecuzione del processo – **Parte II: la messa alla prova dell'adulto** - 9. La nuova prova per adulti – 10. Le maggiori limitazioni per l'ammissione – 11. Il rapporto fra la volontà dell'imputato e la valutazione del giudice sulla imprecisata idoneità del programma – 12. L'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato – 13. Il programma di trattamento: le prescrizioni comportamentali, l'affidamento al servizio sociale e l'attività di volontariato 14. - Segue: il lavoro di pubblica utilità – 15. Segue: le prescrizioni riparative e la mediazione – 16. L'esito della prova

Premessa

Il presente capitolo sarà strutturato in due parti: nella prima parte andremo ad analizzare alcuni aspetti salienti della sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato minorenni, istituto introdotto con il d.p.r. 448/88. Tralasciando l'analitica esposizione dell'intera disciplina, concentreremo l'attenzione su quegli aspetti maggiormente significativi che possano rilevarci le affinità o le tensioni dell'istituto rispetto al paradigma riparativo. In particolare, accompagneremo l'esposizione con un'analisi della congruità dell'istituto con le garanzie processuali e verificheremo come e in quale grado potrebbe variare il rispetto delle stesse privilegiando un'interpretazione dell'istituto il più possibile in linea ai principi della *restorative justice*.

Nella parte seconda procederemo con un'analisi dell'altra *probation* processuale recentemente introdotta in Italia con la l. n. 67 del 2014. La sospensione del procedimento con messa alla prova per imputati adulti presenta delle differenze di disciplina rispetto all'omologo istituto per imputati minorenni che, come vedremo, condurranno la nostra analisi di affinità alla giustizia riparativa e di congruità con le garanzie processuali a delle conclusioni differenti rispetto a quelle della prima parte.

PARTE I: LA MESSA ALLA PROVA DEL MINORE

1. *Messa alla prova degli imputati minorenni: la discrezionalità del giudice e l'adeguatezza alle esigenze educative del minore.*

Ispirata alla *probation* di matrice angloamericana, la sospensione del procedimento e messa alla prova nel processo minorile, introdotta dall'art. 28 del d.p.r. 448/88, rappresenta uno dei primi e fondamentali canali introduttivi per la mediazione e per la rilevanza di condotte riparatorie all'interno del sistema processuale penale italiano. Infatti, nonostante la spiccata impostazione rieducativa dell'istituto, esso presenta discrete potenzialità per andare oltre alla predisposizione di un generico programma di trattamento, poiché si lasciano intravedere, nei possibili contenuti della prova, i germogli di una rieducazione improntata alla responsabilizzazione del reo, all'incontro, al recupero del rapporto e alla cura della vittima secondo i principi propri delle prassi e dei contenuti della *restorative justice*.

Tralasciando l'analitica esposizione dell'intera disciplina processuale, come anticipato nella premessa procederemo ad una analisi di conformità dell'istituto in parola con i principi della giustizia riparativa a cui sarà affiancata, anche, la fondamentale analisi del rispetto delle garanzie processuali e di come l'attuazione di tali principi riparativi potrebbero incidere sull'applicazione delle garanzie e principi del giusto processo.

L'istituto, in particolare, si caratterizza per l'estrema discrezionalità di applicazione riservata al giudice fin dalle prime battute del processo, senza limitazioni di tipo qualitativo o quantitativo del reato per cui si procede (eccetto per i limiti massimi di durata della messa alla prova in relazione al *quantum* massimo di pena edittale irrogabile⁷⁵), il quale: “[...] sentite le parti, può disporre con

⁷⁵ Ex art. 28, comma 1°, periodo 2°, d.p.r. 448/88 “Il processo è sospeso per un periodo non superiore a tre anni quando si procede per reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni; negli altri casi un periodo non superiore a un anno”. Il dato deve comunque tener conto della sentenza n°168 del '94 con cui la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di condannare persone minori di età alla pena

ordinanza la sospensione del processo quando ritiene di dover valutare la personalità del minorenne all'esito della prova disposta a norma del comma 2".⁷⁶

La messa alla prova, infatti, si atteggia nelle forme della *probation* processuale, a cui si contrappone la forma della *probation* penitenziaria (di cui ne è un esempio l'affidamento in prova al servizio sociale⁷⁷): mentre quest'ultima si caratterizza per essere una forma di esecuzione della pena alternativa alla reclusione in cui il condannato, con un atto del giudice preposto alla sorveglianza, viene messo alla prova all'esterno dell'istituto penitenziario sotto la guida e sorveglianza di un *probation officer* e il cui esito positivo comporta la fruizione di specifici benefici penitenziari, la *probation* processuale, invece, è un'alternativa al processo penale stesso, che comporta l'applicazione della misura ad un soggetto non 'condannato' ma solo 'imputato', e il suo esito positivo comporta la negazione dell'endiadi 'reato-pena', configurando una causa di rinuncia statutale alla pretesa punitiva se l'interessato dà prova di aver abbandonato il proprio stile di vita precedente, di aver compreso il disvalore del fatto da lui commesso e di non voler tornare a delinquere in futuro.

In particolare, nel caso specifico della sospensione del procedimento e messa alla prova per imputati minorenni, l'esito positivo della misura comporta l'estinzione del reato⁷⁸ e del processo.

In caso di esito negativo della prova, invece, il processo riprende il suo corso dalla fase in cui è stata disposta la sospensione e procede nelle forme ordinarie. A processo ripreso, tuttavia, non è esclusa l'applicabilità di ulteriori riti speciali; in particolare non è normativamente preclusa la possibilità di reiterare la sospensione con messa alla prova.

Nonostante la matrice comune, le implicazioni fra le due alternative sono notevoli: mentre l'alternativa penitenziaria incide su una sentenza definitiva di condanna, frutto di un processo di cognizione pieno o quanto meno sommario, a seconda del rito prescelto, in cui il fatto costituente reato è stato accertato e qualificato nel pieno rispetto delle garanzie processuali o in presenza di una loro consensuale o autoritaria limitazione, il convincimento del giudice (stavolta non di

dell'ergastolo, la quale risulta ontologicamente contraria alla finalità educativa della pena nei confronti di un soggetto la cui personalità sia ancora in 'evoluzione'.

⁷⁶ Art. 28, comma 1°, periodo 1°, d.p.r. 448/88.

⁷⁷ Art. 47, l. 354/75.

⁷⁸ Art. 29, d.p.r. 448/88, "Dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova".

sorveglianza, ma di quello preposto alla fase processuale in corso) in merito all'applicazione dell'alternativa processuale non può, invece, che basare il proprio convincimento sull'opportunità di "dover valutare la personalità del minore all'esito della prova" alla luce di un quadro probatorio incompleto, perché limitato allo stato degli atti, e possibilmente parziale, perché possibilmente fornito unilateralmente dall'organo d'accusa, con evidenti problematiche sul rispetto del contraddittorio e della parità delle armi.

Dopotutto, da che parte si voglia vedere, è innegabile che il contenuto del programma di trattamento, sebbene non sia assimilabile al contenuto di una condanna, finisce per incidere e limitare la inviolabile (o meglio 'solo legalmente violabile') libertà personale *ex art. 13* della Costituzione.

L'ampia discrezionalità del giudice, tuttavia, non si limita al solo momento iniziale della applicazione ma si estende anche sul contenuto della messa alla prova (relativamente alla durata della prova⁷⁹, alla possibilità di modificare il contenuto del progetto di intervento elaborato dai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia ove non lo ritenga completo o rispondente alle esigenze educative del minore⁸⁰, il potere di impartire prescrizioni riparativo-conciliative⁸¹) e su tutta la durata della prova stessa fino alla sua conclusione (revoca anticipata della sospensione per "ripetute e gravi trasgressioni delle prescrizioni imposte"⁸² e la valutazione finale dell'esito della prova per cui sono indici rilevanti non solo, e non tanto, il puntuale adempimento delle prescrizioni impartite nell'ordinanza di sospensione, bensì gli aspetti psicologici e comportamentali del minore emersi durante il periodo di prova, elaborati e raccolti nella relazione finale dei servizi).

Quale *ratio* può giustificare la 'diversione' dal processo penale e dalle sue garanzie in cambio di una pregnante discrezionalità dell'organo giudicante?

Soprattutto alla luce del fatto che il dato normativo non fa alcun riferimento esplicito alla consensualità o alla particolare gravità o fondatezza del quadro

⁷⁹ Art. 28, comma 1°, periodo 2°, d.p.r. 448/88.

⁸⁰ Il dato è stato, tuttavia, recentemente ridimensionato dalla suprema corte. Cass. Pen., sez. VI, 17 marzo 2009, per cui "con il provvedimento di sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato minorenne, il giudice non può impartire prescrizioni diverse da quelle stabilite dal progetto di intervento elaborato dal servizio minorile, senza la consultazione delle parti e del servizio stesso".

⁸¹ Art. 28, comma 2°, periodo 2°, d.p.r. 448/88.

⁸² Le trasgressioni devono essere sia gravi che ripetute. La valutazione del giudice, tuttavia, resta a valle della comunicazione da parte dei servizi presso i quali il minore svolge la propria prova *ex art. 27*, comma 3°, d.lgs. 272/89.

probatorio, sembrerebbero difficilmente tollerabili tale espansione delle prerogative di un soggetto che dovrebbe essere terzo e imparziale.

Invero la portata di tali dubbi è destinata a ridimensionarsi se viene tenuta presente la specialità della situazione determinata dal contesto del giudizio minorile: in primo luogo lo stesso d.p.r. 448/88, all'art. 1, sancisce il 'principio di adeguatezza' a cui l'intero procedimento minorile (e quindi anche la sospensione del processo e messa alla prova) è improntato, secondo il quale le "disposizioni sono applicate in modo adeguato alla personalità e alle esigenze educative del minorenne".

Così l'ampia discrezionalità conferita al giudice, seppur adeguatamente orientata all'educazione e alla personalità del minorenne, non può che essere un'ineliminabile corollario in quel procedimento costruito intorno alla figura di un soggetto immaturo e incapace di comprendere cosa sia giusto per sé e per gli altri.

In secondo luogo, il legislatore italiano si è voluto rifare alle molteplici esperienze di *diversion* già attuate in altri Paesi europei allo scopo di elidere potenziali effetti negativi insiti nell'interazione fra minorenni e giustizia penale, affermando il 'principio della minima offensività del processo', ovvero della riduzione degli interventi giudiziari, in particolare di quelli di natura coercitiva e restrittiva, al minimo indispensabile. Il giudice tiene in considerazione la capacità offensiva del processo nei confronti del minore, e valuta caso per caso l'opportunità di continuare il procedimento ovvero di interromperlo, in ragione degli scopi educativi.

Determinante, nella precisa scelta delle parole dell'art.1, è il riferimento alle 'esigenze educative del minorenne' e non 'ri-educative', stante l'inevitabile possibilità per cui l'imputato minorenne al tempo dei fatti, a causa della sua ancora non completa maturità o educazione, non fosse in grado di percepire il disvalore o la pericolosità della propria condotta, con tutti i riflessi problematici legati alla valutazione della colpevolezza.

Si spiega così l'ulteriore e rilevante motivo di specialità del giudizio minorile nell'art. 9 dello stesso d.p.r. 448/88 per cui:

1. Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di

responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili.

2. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità.

Insomma, al contrario che nel procedimento penale per adulti ove vige il generale divieto di perizia psicologica⁸³, la stessa è nel procedimento minorile parte integrante della normale approccio di tipo clinico e psicosociale alla devianza minorile⁸⁴, di cui la sospensione del processo e messa alla prova ne è un'indubbia manifestazione. Senza tali strumenti di indagine, infatti, il giudice non sarebbe in grado di valutare l'ammissibilità della misura e di apprezzare i possibili cambiamenti che la prova è mirata ad indurre nella personalità del minore, nella sua educazione e, potenzialmente, all'interno del proprio contesto socio/familiare e nei rapporti con la vittima.

2. I contenuti della prova nell'ordinanza di sospensione e il consenso del minore

Una volta accertata l'opportunità di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova, l'art. 28, comma 2° del d.p.r. 448/88 ci indica i contenuti della messa alla prova del minore:

“Con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento, anche in collaborazione con i

⁸³ Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, ex art. 220, comma 2°, c.p.p.

⁸⁴ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, op. cit., p. 249.

servizi locali, delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno. Con il medesimo provvedimento il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato”.

La misura è a stampo squisitamente rieducativo come lasciano suggerire le attività di ‘osservazione’, ‘trattamento’ e ‘sostegno’ a cui dovrebbe essere sottoposto il minore. L’art. 27 del d.lgs. 272/89 specifica che il progetto di intervento deve prevedere tra l’altro:

- a) le modalità di coinvolgimento del minore, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita;
- b) gli impegni specifici che il minore assume;
- c) le modalità di partecipazione al progetto degli operatori della giustizia e dell’ente locale;
- d) le modalità di attuazione eventualmente dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa.

Oltre agli indubbi profili limitativi della libertà personale, risulta assai difficile poter anche solo immaginare l’esito positivo di un programma simile contro alla volontà del minore: nonostante l’assenza di qualsiasi riferimento esplicito nella disciplina, il consenso del minore sembrerebbe dover essere considerato un presupposto implicito nell’applicazione della sospensione così come ci lascia desumere l’immediata interpretazione letterale dell’art. 27, in cui termini come coinvolgimento, assunzione, partecipazione, riparazione e conciliazione mal si adattano al carattere puramente impositivo di un provvedimento.

Non mancherà di notare come, tuttavia, il puro e semplice consenso potrebbe non essere necessariamente prodromico al buon adempimento delle prescrizioni contenute nell’ordinanza (come, di fatto, il preciso adempimento delle stesse non è necessariamente prodromico dell’esito positivo della prova), bensì il consenso deve essere “espressione di volontà effettiva, leale e sincera”⁸⁵ nell’assunzione di tali impegni e nella volontà di ‘rimediare’ alla propria condotta, non diversamente

⁸⁵ G.u.p. Trib. min. Catania, 6 febbraio 1996.

all'ottica in cui è auspicabile che il reo si approcci ad un qualsiasi programma di giustizia riparativa.

Insomma, non basta l'assenza di avversità del minore verso i contenuti dell'ordinanza, come nel caso in cui lo stesso si dichiara pienamente innocente: è necessario accertare che il consenso non costituisca una maschera per la passiva indifferenza alla prova se non, addirittura, al cinico e utilitaristico perseguimento dei soli benefici processuali senza alcuna garanzia di aver eliminato il pericolo di recidiva.

Eppure, dall'altro canto, permane il dubbio di quanto possa essere ritenuto ragionevole elevare a *conditio sine qua non* il consenso di un soggetto ritenuto dall'ordinamento ontologicamente immaturo, possibilmente incapace di comprendere la gravità delle proprie azioni e dei provvedimenti presi dall'autorità giudiziaria in ragione di questi.

In certi casi sarebbe anzi auspicabile un'imposizione nonostante le eventuali reticenze del minore, per dare una concreta *chance* di recupero in quei casi dove all'apparenza non vi siano margini di intervento, rinviando l'analisi sull'opportunità di prosecuzione della prova ad un momento necessariamente successivo. Dopotutto, per garantire una adeguata rieducazione, si deve necessariamente tenere conto dei diversi tempi di elaborazione personale che, da minore a minore, possono raggiungere livelli significativamente differenti.

Dunque, fino a che punto potrebbe spingersi il paternalismo dell'ordinamento alla luce di quanti sanciscono l'ineffettività responsabilizzante dell'imposizione di un provvedimento⁸⁶ e quanti, invece, ne lodano le potenzialità educative e di recupero⁸⁷?

La Corte Costituzionale si è espressa sul tema⁸⁸ in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale del comma 4° dell'art. 28, d.p.r. 448/88, nella parte in cui prevedeva che la sospensione non può essere disposta quando l'imputato abbia chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato: a sostegno delle considerazioni in diritto, la corte ha evidenziato al punto 3.1 come la sospensione del processo e messa alla prova, intervenendo incidentalmente nell'udienza preliminare o nel

⁸⁶ PULIVERTI, *I presupposti applicativi del probation minorile*, MESTIZ (a cura di), in *La tutela del minore, tra norme, psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 192.

⁸⁷ ABRUZZESE, *La messa alla prova del minore omicida*, in *Minori Giustizia*, n. 4, 1996

⁸⁸ C. Costituzionale, Sent. n°125 del 14 aprile 1995.

dibattimento (evitando i possibili danni causati dalla prosecuzione del processo) e potendo giungere, in caso di esito positivo, ad una sentenza di pienamente liberatoria (evitando, così, ogni effetto stigmatizzante legato alla sentenza di condanna), sia all'evidenza in stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale in linea con l'art. 3, let. e)⁸⁹ della Legge Delega n°81 del 1987, per cui il consenso del minore non può che essere un elemento lasciato al libero apprezzamento dal giudice seppur ne sia fortemente auspicata la valutazione in relazione al profilo psicologico, alla condizione socio/familiare ed alle esigenze educative, ai fini del giudizio prognostico sul possibile esito della prova.

Fondamentale dato da cui si presume la necessità per il giudice di apprezzare la volontà del minore viene rappresentato dall'inciso "sentite la parti" dell'art. 28, comma 1°, che rappresenta un'indefettibile adempimento formale con cui il giudice deve garantire una forma di contraddittorio tra le parti il cui oggetto, tuttavia, non è la contestazione dei fatti ma la valutazione sulla specifica opportunità di procedere alla sospensione; per cui, oltretutto, risulta necessario intendere le "parti" in un'accezione più ampia rispetto alla semplice accusa e difesa, poiché, a fronte dei complessi ed eterogenei aspetti complessivamente legati a detta valutazione, diventa opportuno per il giudice raccogliere i più pareri di quanti sono i soggetti coinvolti e operanti nella procedura: i servizi sociali minorili, i genitori, la vittima, esperti, ecc.

A sostegno della propria tesi, la Corte prosegue affermando che:

“(a prescindere dall’indubbio “peso” che – in considerazione della natura e delle modalità di attuazione della misura – deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine all’adozione del provvedimento), all’imputato è attribuito dalla norma appena citata un mezzo di impugnazione con riguardo a tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell’ordinanza che dispone la misura: [...]”

⁸⁹ “e) dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti; facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti; sospensione in tal caso del corso della prescrizione;”.

Insomma, l'assenza del consenso del minore dovrebbe ritenersi non ostativa all'applicazione della sospensione fintanto che non determini nel giudice un giudizio di prognosi negativa dell'esito della prova, elemento che ne ribadisce la fondamentale finalità propriamente educativa del minore e l'assenza di analogie con il patteggiamento⁹⁰.

3. *L'accertamento della base fattuale e il convincimento del giudice sulla responsabilità penale del minore.*

La Corte Costituzionale, nella stessa Sent. n°125/95, non si è fermata alle sole considerazioni in ordine al consenso del minore, evidenziando l'importanza di un altro elemento annoverato tra i possibili oggetti di ricorso in cassazione da parte di pubblico ministero, imputato o suo difensore:

“[...] tra i quali rientra anche il profilo attinente alla sussistenza di un presupposto concettuale essenziale del provvedimento (come unanimemente ritengono la dottrina e la giurisprudenza), connesso ad esigenze di garanzia dell'imputato, costituito da un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento”.⁹¹

Per non incorrere in una violazione del principio di legalità (art. 13 Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost.), deve rilevare quale presupposto logico-sistematico ai fini dell'adozione del provvedimento il previo accertamento della responsabilità del minore: non solo a fronte della restrizione alla libertà personale che la messa alla prova comporta, bensì per la semplice

⁹⁰ Contra, LOSANA, *Commento all'art. 28 d.p.r. 448/88*, in *Commento al codice di procedura penale, il processo minorile*, CHIAVARIO (coordinato da), UTET, Torino, 1994, p. 290.

⁹¹C. Costituzionale, Sent. n°125 del 14 aprile 1995, considerazioni in diritto, punto 3.1.

constatazione che il giudice qual'ora rilevasse che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o che non è previsto dalla legge come reato, dovrebbe pronunciare immediatamente la declaratoria di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*

Ma non solo: allo stesso modo sarebbe ostativa all'ordinanza di sospensione anche la presenza dei presupposti di un provvedimento di archiviazione (art. 408, 411 c.p.p.), sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), sentenza di non doversi procedere (art. 529 c.p.p.) ovvero per difetto di imputabilità o per irrilevanza del fatto (art. 26 e 27 d.p.r. 488/88).

Anche il dato letterale non sembra disattendere tale ricostruzione se viene tenuto presente che nei possibili contenuti della prova, delineati nel comma 2° dell'art. 28, il giudice può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenni con la persona offesa dal reato: in primo luogo non è dato sapersi come tali prescrizioni riparative/riascitorie possano essere determinate senza un adeguato apprezzamento del fatto e del danno subito dalla persona offesa e, in secondo luogo, abbiamo visto come l'accesso a forme di mediazione debba essere sempre opportunamente fondato su dei fatti non contestati, per cui è necessario condizionarne l'accesso ad un qualche accertamento del fatto, altrimenti, il consenso dell'imputato allo svolgimento di attività di mediazione rischierebbe di essere percepito come una implicita ammissione di responsabilità.

In caso di esito negativo della prova e di prosecuzione del processo, dato che non è prevista alcuna forma di incompatibilità fra il giudice che dispone la messa alla prova e quello chiamato a riassumere il processo, vi è il rischio che tale implicita ammissione vada a determinare nel giudice il convincimento sulla responsabilità dell'imputato, configurando una palese violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*

In più non sembrerebbe altrimenti possibile per il giudice valutare la durata della sospensione (che non può superare il periodo di un anno tranne nel caso in cui il reato commesso sia punito con una pena edittale massima fino ai dodici anni, nel qual caso il periodo sale a tre anni) se non con riguardo all'accertamento del fatto, alla sua qualificazione giuridica come reato e alla sua entità.

La constatazione, tuttavia, pone un'altra serie di interrogativi: accertata la necessità logica che il giudice, per procedere alla sospensione, debba

necessariamente convincersi della responsabilità penale del minore, fino a quale grado di certezza dovrebbe considerarsi soddisfatto tale convincimento?

Soprattutto tenuto conto del momento in cui la sospensione dovrebbe essere disposta, ossia in un momento compreso fra l'esercizio dell'azione penale e prima della conclusione della fase dibattimentale, il giudice non potrebbe fare riferimento ad un accertamento fondato sul pieno contraddittorio delle parti, ma sarebbe necessariamente limitato, ossia sommario e definito allo stato degli atti; a sostegno di ciò, di fatto, il provvedimento con cui viene disposta la sospensione è un'ordinanza, dunque un provvedimento dal contenuto non definitivo ma provvisorio⁹².

Ma soprattutto, fondare l'applicazione di una misura potenzialmente indesiderata dal minore e dai contenuti innegabilmente limitativi della libertà personale su un accertamento non pieno e privo di contraddittorio, non rappresenta una violazione della presunzione di innocenza?

Invero è pacificamente riconosciuto che la soluzione dovrebbe essere ravvisata in un bilanciamento da parte del giudice fra le contrapposte esigenze di garantire un accertamento quanto più completo, direttamente proporzionale alla durata del processo, e il principio di minor offensività del procedimento, che necessita di sottrarre il minore il prima possibile dal circuito penale in ragione delle esigenze di educazione (preferibilmente, quindi, nell'udienza preliminare dato che prima non è possibile), tanto più frustrate quanto il procedimento perdura, ma con l'ovvio limite invalicabile per cui l'esigenza di educazione non potrebbe mai giustificare l'adozione di un qualsiasi provvedimento, seppur minimamente sanzionatorio, senza un accertamento del fatto⁹³.

Se ben può essere tollerato l'accertamento sommario e provvisorio alla luce delle esigenze educative del minore, niente toglie che, in caso di revoca della sospensione per esito negativo o per le continue e ripetute trasgressioni al programma, il processo riprenderebbe il suo *iter* ordinario fino a giungere ad un accertamento pieno del fatto per cui non sarebbe preclusa, anche, un'eventuale sentenza di assoluzione.

⁹² LOSANA, *Commento all'art. 28 del D.P.R. 448/88*, CHIAVARIO (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale, il processo minorile*, UTET, Torino, 1994, p. 298.

⁹³ CESARI, in *Il processo penale minorile. Prime riflessioni intorno ad uno statuto europeo dell'imputato minorenne*, GIOSTRA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2005, p. 13.

4. *Il problema della confessione del minore*

Sempre collegato al problema riguardo l'accertamento della responsabilità penale del minore, si pone il problema se la sospensione dovrebbe essere implicitamente condizionata o meno ad una confessione o ad una almeno parziale ammissione dell'addebito.

Appurata l'assenza di ogni riferimento legislativo in tal senso sia nella disciplina della messa alla prova che di altre analoghe, la confessione, posta dal giudice quale condizione per l'ammissibilità della sospensione, si configurerebbe alla stregua di un consenso 'particolarmente qualificato', ossia un indice sintomatico del ravvedimento del minore⁹⁴ che dovrebbe facilitare enormemente due aspetti del lavoro del giudice: l'accertamento del fatto, che, come visto, è un essenziale antecedente logico-giuridico, per cui la confessione rappresenterebbe un prezioso elemento probatorio su cui basare il convincimento riguardo la responsabilità del minore, e la prognosi di esito positivo della prova, per cui il ravvedimento sarebbe una garanzia maggiore rispetto ad un 'generico' consenso.

Insomma, ad una analisi *prima facie* la confessione può rappresentare un elemento perfettamente 'calzante' alla sospensione del processo e messa alla prova del minore ma, in realtà, sono molteplici e non secondari i motivi per cui non sarebbe così.

In primo luogo va osservato che se l'obiettivo della prova è quello di educare il minore al fine che egli comprenda il disvalore della propria condotta, allora il ravvedimento dovrebbe essere un elemento da apprezzarsi a posteriori della prova, ossia al momento della valutazione dell'esito e non nella antecedente valutazione sull'opportunità di concessione⁹⁵: che ragione vi sarebbe nel concedere una misura

⁹⁴COLAMUSSI, secondo l'Autrice vi sarebbe un dibattito tuttora aperto su tale indirizzo interpretativo avvalorato dalla Corte di Cassazione con Sent. 6 giugno 2008, Sez. III penale, CED. 240825, per cui "la confessione o la parziale ammissione dell'addebito da parte del minore rappresenta un elemento sintomatico da cui desumerne il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione e sull'evoluzione della personalità verso un costruttivo reinserimento sociale", in *"La messa alla prova"*, Cedam, Milano, 2010, p. 106.

⁹⁵ COLAMUSSI, op. cit., p. 107.

prettamente educativa nei confronti di un minore che abbia dato prova, mediante la confessione, di aver già compreso il disvalore della propria condotta?

L'evoluzione della personalità del minore, a cui la finalità rieducativa è orientata, dovrebbe essere apprezzata quale obbiettivo della misura, non come una condizione per la sua applicazione⁹⁶.

Contrariamente, considerando la confessione una condizione implicitamente necessaria, ne risentirebbe enormemente l'appetibilità dell'istituto; infatti, a fronte dei numerosi elementi da valutare, la confessione sarebbe comunque un elemento di per sé insufficiente ai fini dell'applicazione: una volta assunta ogni responsabilità all'unico fine di ottenere la messa alla prova, il giudice potrebbe anche decidere, invero per i più diversi motivi, di non concedere la sospensione al 'reo confesso', provocando la prosecuzione di un processo irrimediabilmente orientato alla condanna del minore imputato⁹⁷.

Sul punto la dottrina è unanime: la confessione dell'imputato deve ritenersi un requisito non necessario perché altrimenti renderebbe l'istituto incompatibile con la presunzione di non colpevolezza *ex art. 27, comma 2°*, Cost. e il diritto di difesa *ex art. 24, comma 2°*, Cost., invertendo l'onere della prova sulla responsabilità, gravante sul pubblico ministero⁹⁸.

5. Il rapporto fra la messa alla prova e i suoi contenuti riparativi-conciliativi

Le considerazioni fin'ora svolte sui presupposti di applicazione della sospensione devono essere valutate anche alla luce dei diversi tipi di contenuti che la prova può presentare, fra le quali spiccano le "prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la

⁹⁶ CESARI, *op. cit.*, p. 325.

⁹⁷ COLAMUSSI, *op. cit.*, p. 108.

⁹⁸ TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014.

persona offesa dal reato” che rappresentano indubbiamente un lato della misura affine alla giustizia riparativa nonostante l’evidente impronta rieducativa che anima l’intero istituto.

In generale l’art. 28 d.p.r. 448/88 individua due categorie di prescrizioni dal contenuto riparativo⁹⁹ che il giudice può discrezionalmente affiancare al programma di trattamento predisposto dai servizi amministrativi della giustizia minorile:

- Prescrizioni dirette a ‘riparare le conseguenze del reato’;
- Prescrizioni dirette a ‘promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato’.

Entrambe le categorie, individuate secondo un criterio teleologico, possono essere inserite congiuntamente, singolarmente o non essere previste affatto: sta al giudice valutare quando siano sussistenti quei requisiti (ulteriori rispetto alla semplice applicazione della sospensione) che rendono opportuna la prestazione di condotte riparative o conciliative da parte del minore.

Sempre nel limite che queste siano adeguatamente finalizzate all’educazione e all’evoluzione della personalità del reo, entrambe le categorie implicano necessariamente, al fine del loro adempimento, una condotta attiva e propositiva da parte del minore.

In proposito è opportuno che il giudice abbia accertato la percezione, da parte del minore, della propria colpevolezza, senza la quale l’adempimento delle prescrizioni riparative rischierebbe di essere vissuto dal minore quale mero onere per superare positivamente la prova. La percezione della propria colpevolezza può garantire non solo la motivazione sufficiente per un corretto adempimento delle prescrizioni riparative, ma è anche essenziale al fine rieducativo e responsabilizzante delle stesse.

Marco Bouchard afferma che prescindere dalla percezione della colpevolezza del minore significherebbe trasformare il carattere delle prescrizioni da riparatorie a sanzionatorie:

⁹⁹ MANNOZZI, op. cit., p. 268.

“non si può ragionevolmente attendere alcunché di positivo da un’attività riparatoria quando il sottoposto a procedimento penale neghi la sua responsabilità: non solo l’attività riparatoria sarebbe votata a sicuro fallimento, incapace di ripristinare alcun legame sociale, ma essa verrebbe ad assumere una natura puramente sanzionatoria nella quale il consenso dell’indagato/imputato rivestirebbe un evidente funzione strumentale”.¹⁰⁰

Le prescrizioni dirette a ‘riparare le conseguenze del reato’, invero, non provocano particolari perplessità sul piano della legalità *ex art. 23 Cost.* qual’ora siano previste in ragione di un accertamento del fatto e della responsabilità del minore, elementi che insieme alla prognosi di esito positivo della prova sono già necessariamente presenti fin dal momento della disposizione della sospensione.

La riparazione deve essere intesa nel senso eccedente alla sola compensazione economica: a fronte della possibile irrisorietà del patrimonio del minore non sarebbe possibile apprezzare alcuna finalità rieducativa nella prescrizione di un risarcimento che finirà per gravare sui genitori o chiunque abbia l’obbligo di mantenere il minore.

Come visto nel capitolo precedente, la riparazione deve essere apprezzabile anche sul piano morale per essere rilevate ai fini riparativo/conciliativi con la persona offesa, per cui possono benissimo essere prescritte forme di risarcimento simbolico (scuse formali, prestazione di assistenza, volontariato, lavori di pubblica utilità, e così via) oltre che in forma specifica o per equivalente.

Le cose cambiano, invece, per quelle prescrizioni ‘dirette a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato’ fra cui spicca, in primo luogo, l’attività di mediazione fra autore del reato e vittima.

La mediazione, quale attività di incontro diretto e dialogo fra vittima e autore del reato sotto la guida di un terzo mediatore imparziale, non è la sede in cui dibattere sull’accertamento del fatto o della responsabilità del minore: entrambi gli elementi, infatti, sono preventivamente accertati e valutati dal giudice al fine dell’applicazione della sospensione.

¹⁰⁰ BOUCHARD, *Vittime e colpevoli: c’è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995, cit. p. 900.

Sono due gli obbiettivi essenziali e strettamente connessi della mediazione calata all'interno del procedimento minorile: uno pedagogico, da apprezzare in stretta connessione alla corretta percezione da parte del minore della propria colpevolezza, l'altro riparativo-conciliativo se non propriamente 'curativo' da apprezzarsi, questa volta, anche nei confronti della vittima, per cui diventano necessari dei requisiti ulteriori rispetto a quelli strettamente richiesti ai fini dell'applicazione della sospensione e delle prescrizioni dirette a 'riparare le conseguenze del reato'.

La mediazione rimane una attività intrinsecamente incoercibile, quindi il libero consenso del minore resta un requisito essenziale che deve essere validamente prestato in forma scritta, alla presenza dei genitori o del difensore: anche in questo caso è opportuno valutare che il consenso rilevi come leale partecipazione e non in un'ottica puramente utilitaristica¹⁰¹.

La mediazione, infatti, presenta il disdicevole difetto di essere generalmente percepita come una 'via più facile' per la fuoriuscita dal processo mentre spesso, al contrario, comporta non solo un dispendio di tempo e di energie: spesso è un percorso estremamente difficile, intenso e doloroso¹⁰².

Altrettanto essenziale è il consenso della persona offesa dal reato, per la quale sarà necessaria la predisposizione di ogni misura mirata alla prevenzione di fenomeni di vittimizzazione secondaria.

Anche per la persona offesa, la scelta di partecipare alla mediazione deve essere assolutamente libera e incondizionata: il giudice dovrebbe evitare di designare la mediazione come oggetto principale della prova per evitare qualsiasi forma di condizionamento nei confronti della persona offesa, la quale non dovrebbe sentirsi responsabile del destino giudiziario del minore in caso di rifiuto¹⁰³. In più, alla luce del pregnante obiettivo pedagogico a cui l'intero procedimento minorile è improntato, deve essere evitata qualsiasi forma di strumentalizzazione della vittima ai fini di questo: l'essenza della mediazione, infatti, va ricercata nella stretta connessione fra le finalità propriamente rieducative e quelle riparativo-conciliative.

Va notato, tuttavia, che se la mediazione non può assumere un veste unicamente rieducativa prescindendo da quella riparativo-conciliativa (se non

¹⁰¹ CERETTI, in *Mediazione penale e giustizia*, p. 771.

¹⁰² MANNOZZI, op. cit., p. 272.

¹⁰³ MANNOZZI, op. cit., p. 273.

strumentalizzando la persona offesa), può accadere invece l'inverso, ossia che può rilevare in veste di espediente puramente riparativo-conciliativo: questo avviene quando il minore non solo abbia percepito la propria colpevolezza, ma abbia dato concreta prova del suo ravvedimento mediante una piena confessione, rendendo superflua qualsiasi forma di rieducazione ulteriore.

In questo caso è da ritenere che “la mediazione, avendo come ruolo primario e fondante la ricomposizione del conflitto e perciò la ricostruzione del legame sociale ‘interrotto’, rappresenti anche in questa ipotesi un momento importante per la definizione/evoluzione della controversia”¹⁰⁴.

6. *Per un inquadramento ‘rieducativo/riparativo dinamico’ della probation minorile italiana*

Con la seguente schematizzazione è possibile riordinare le considerazioni fin'ora svolte e vedere come l'istituto della sospensione del processo e messa alla prova per minorenni si configuri alla stregua di un ibrido rieducativo/riparativo, da considerarsi in una dimensione ‘dinamica’, ossia che a seconda dei diversi casi e delle opportunità, se sapute correttamente cogliere dagli amministratori della giustizia, è possibile far oscillare la disciplina dell'art. 28 d.p.r. 448/88 da un polo ‘puramente rieducativo’ all'opposto ‘puramente riparativo’, con una gamma intermedia di ibridi rieducativo/riparativi:

¹⁰⁴ MANNOZZI, op. cit., cit. p. 276.

	Applicazione della sospensione	Progetto d'intervento	Riparazione conseguenze del reato	Mediazione con la persona offesa	Mediazione puramente orientata alla conciliazione
Accertamento del fatto e della responsabilità	Requisito	Requisito	Requisito	Requisito	Requisito
Consenso del minore	Requisito	Requisito	Requisito	Requisito	Requisito
Percezione della propria responsabilità			Requisito	Requisito	Requisito
Consenso della persona offesa				Requisito	Requisito
Confessione/ Ravvedimento del minore					Requisito

La messa alla prova ‘puramente rieducativa’ è quella disposta e basata sull’accertamento del fatto e del programma d’intervento elaborato dai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia. Di per sé la messa alla prova non ha bisogno di altro: le prescrizioni riparative sono perfettamente omissibili, infatti l’istituto si adatta anche alle ipotesi in cui non vi siano persone offese.

Il consenso del minore deve essere inteso come fortemente opportuno, sintomatico di un esito positivo della prova ma non è strettamente necessario alla predisposizione del programma d’intervento e all’applicazione della sospensione.

Per prevedere degli ulteriori contenuti riparativi diventano, mano a mano, necessari (o fortemente opportuni) ulteriori requisiti: il consenso del minore deve essere sempre più forte e motivato a fronte dei maggiori impegni ascrivibili alla propria prova; è richiesta una maggiore sensibilità per le problematiche extra-personali, in primo luogo della persona offesa ma anche del contesto sociale qual’ora le conseguenze del reato siano state sentite diffusamente; tale sensibilità deve ravvisarsi anche nella capacità di autocritica, di percezione della propria responsabilità che può giungere fino alla confessione, ossia il totale ravvedimento,

che sono tutti elementi da valutare in positivo quale capacità di farsi carico delle conseguenze negative prodotte e di impegno nella ricerca di un rimedio possibile.

Bisognerebbe evitare di predisporre delle prove concettualmente rigide, costruite *ex ante* in base alla sola condizione del minore precedente all'applicazione della sospensione o alla gravità del reato commesso.

Al contrario sarebbe opportuno concentrarsi sulla predisposizione di una prova flessibile, frazionata e ramificata in 'tappe' che tengano conto del grado di responsabilizzazione *in itinere* del minore¹⁰⁵. Ogni tappa della prova sarebbe giustificata dai risultati di quella precedente, permettendo alla stessa di proseguire o di regredire, di oscillare fra la pura rieducazione e la pura riparazione a seconda delle opportunità offerte dal minore e dalla persona offesa.

Starà alla sensibilità, professionalità ed esperienza del giudice e dei servizi dell'amministrazione della giustizia minorili riuscire ad individuare la corretta 'strategia rieducativo/riparativa' aspirante alla soddisfazione di ogni interesse in gioco: che sia motivante per il minore, produttiva di benefici *in itinere* sul piano rieducativo, soddisfacente per la vittima e per la percezione della sicurezza sociale.

7. *Partecipazione al procedimento e tutela della vittima*

Un elemento che apparentemente 'stona' nella costruzione di una visione completamente riparativa della messa alla prova è la grande discrezionalità del giudice che anima l'intero procedimento minorile. Invero a fronte del principio di adeguatezza alle esigenze rieducative del minore, a cui è improntata la *ratio* dell'intero procedimento minorile italiano, non si vede come sia possibile assecondare quella esigenza di 'riappropriazione del conflitto' da parte dei suoi reali protagonisti invocata dal pensiero abolizionista che sta alla base della *restorative justice* e garantire così una piena soddisfazione delle parti.

Lo stato non è disposto a regredire in sussidiarietà, il giudice è chiamato a tutelare la gioventù così come indicato dall'art. 31 comma 2° della Costituzione.

¹⁰⁵ MANNOZZI, op. cit., p. 276.

Si spiega così il generale divieto per la vittima di costituirsi parte civile nel processo penale a carico di imputati minorenni *ex art. 10 d.p.r. 448/88* alla quale, generalmente, non resta che instaurare un separato giudizio civile per soddisfare autonomamente le proprie esigenze risarcitorie nonostante sia tutt'ora in corso un acceso dibattito sul riconoscimento di fondamentali diritti di informazione, assistenza e partecipazione della vittima all'intero sistema processuale penale.

Al contrario, non mancano nella specifica disciplina della messa alla prova degli 'spunti' in cui sia possibile temperare le contrapposte esigenze di rieducazione del 'giovane reo' e quelle di tutela e ascolto della vittima: in primo luogo l'inciso "sentite le parti", fra i requisiti per l'applicazione della sospensione (art. 28 d.p.r. 448/88), deve essere inteso in senso ampio oltre alla necessaria instaurazione di una forma di contraddittorio fra imputato e pubblica accusa, ma come opportuna audizione di tutti i soggetti coinvolti¹⁰⁶.

Il contatto e l'ascolto della vittima sono l'ennesimo elemento non legalmente sancito ma da ritenersi essenziale per il giudice al fine di predisporre una adeguata strategia rieducativa e capire se, fin da subito, vi sia la possibilità di includere le prescrizioni riparative nella prova, ma bisogna distinguere: in assenza del consenso della vittima non è configurabile alcun tentativo di mediazione, tuttavia rimangono esperibili tutti quei rimedi riparativi, sia materiali che simbolici, per cui sono sufficienti le risorse e la buona volontà del minore.

Forme di risarcimento, di lavoro, lettere di scuse formali e quanto altro sia teleologicamente preordinato alla riparazione delle conseguenze del reato possono concretamente rappresentare una sincera 'offerta di pace' capace di riavvicinare la vittima e di predisporla ad un adeguato e conclusivo incontro di mediazione che 'riallacci i ponti'.

La stessa mediazione può prevedere, quale contenuto dell'esito conciliativo, un accordo su quale sia il contenuto 'preferibile' delle condotte riparative. La persona offesa ha quindi la possibilità di esprimere cosa potrebbe offrirle maggiore soddisfazione.

Tale possibilità è in linea con i *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal matters* individuati dalle Nazioni Unite nella raccomandazione n°12/2002 per cui gli accordi presi al termine di un programma

¹⁰⁶ COLAMUSSI, *La messa alla prova*, p. 96.

di giustizia riparativa, in ogni caso, dovrebbero essere volontari e individuare delle obbligazioni dal contenuto ‘ragionevole’ e ‘proporzionato’¹⁰⁷.

A garanzia di tale filtro di ragionevolezza devono intervenire necessariamente dei soggetti con adeguate conoscenze tecnico-giuridiche, in primo luogo i rispettivi rappresentanti legali e il mediatore devono informare le parti sulla fattibilità dell’accordo raggiunto per poi sottoporlo all’ulteriore vaglio di adeguatezza alle esigenze educative da parte del giudice.

Poiché l’accordo è stato raggiunto all’esito di un’attività di mediazione processuale, ossia inserita all’interno di un processo, sicuramente l’accordo raggiunto non potrebbe comunque obbligare il minore all’esterno di esso qual’ora il giudice optasse per l’impraticabilità dello stesso, infatti solo un ulteriore intervento ordinatorio del giudice può rendere il contenuto delle prescrizioni riparative della prova coincidente, o quanto meno analogo, all’accordo delle parti.

Sarebbe da verificare se vi sia la concreta possibilità per il giudice di modificare in itinere le prescrizioni riparative già impartite nell’ordinanza di sospensione (per cui la disciplina tace anche se, in ragione del principio di adeguatezza, si lascierebbe preferire la tesi affermativa), comunque, oltre questo, l’eventuale adeguamento all’accordo conciliativo dovrebbe necessariamente tenere conto di quelle attività riparative già adempiute dal minore per non sproporzionare il carico della prova.

La necessità di adeguare il contenuto delle prescrizioni riparative è avvalorata anche dai *basic principles* delle Nazioni Unite, secondo i quali gli accordi raggiunti all’esito di un programma di giustizia riparativa, qual’ora siano appropriati, dovrebbero essere supervisionati dal giudice o incorporati nelle decisioni giudiziali o nelle sentenze¹⁰⁸ ottenendo, quindi, lo stesso status del provvedimento adottato dal giudice, passabile di impugnazione e idoneo ad escludere l’applicazione della pena.

Va notato che il problema dell’esclusione della persona offesa potrebbe essere ridimensionato se valutato in termini di opportunità nell’esercizio della discrezionalità del giudice minorile: è vero, ancora mancano degli strumenti sufficientemente incisivi che riconoscano alla vittima il potere di far valere le ‘proprie ragioni’ nell’ambito penale e, più in generale, si sente e si sconta il peso

¹⁰⁷ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, Vienna, *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 34.

¹⁰⁸ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 34.

della mancanza in Italia di una vera e propria ‘cultura della cura della vittima’; ma è anche vero che se si accetta quella linea di pensiero che considera la rieducazione del minore discendere fisiologicamente da una corretta riparazione delle conseguenze del reato, allora è proprio all’interno del procedimento minorile, nel contesto dell’art. 28, che è possibile garantire alla vittima una cura e qualcosa di quanto più possibilmente vicino all’appagamento del proprio desiderio di giustizia; allora solo ad errore degli interpreti il principio di adeguatezza alle esigenze educative del minore può essere letto come antagonista alle esigenze inclusive della vittima.

8. L’esito della prova. In particolare, le ripercussioni dell’esito negativo sulla prosecuzione del processo

Terminato il periodo di prova, “i servizi (presso cui il minore è stato messo in prova) presentano una relazione sul comportamento del minorenne e sull’evoluzione della sua personalità al presidente del collegio che ha disposto la sospensione del processo nonché al pubblico ministero”¹⁰⁹ e “il giudice fissa una nuova udienza nella quale dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo”¹¹⁰, altrimenti dispone la prosecuzione del processo *ex art.* 32 e 33 d.p.r. 448/88.

Ai fini dell’esito positivo della prova non è necessario valutare il puntuale e preciso adempimento delle prescrizioni imposte, sempre che non si siano presentate delle gravi e ripetute trasgressioni per cui sarebbe stata doverosa una revoca anticipata della sospensione *ex art.* 28, comma 5°, d.p.r. 448/88.

E’ opinione comune in dottrina che il rispetto delle prescrizioni vada valutato in base all’impegno del minore e non intese come obblighi di risultato¹¹¹.

¹⁰⁹ *Ex art.* 27, comma 5°, d.lgs. 272/89.

¹¹⁰ *Ex art.* 29 d.p.r. 448/88.

¹¹¹ CESARI, *commento all’art. 29*, in *Il processo penale minorile*, GIOSTRA (a cura di), Giuffrè, Milano, 2001, p. 345.

Invero pare alquanto difficile separare il giudizio di esito della prova da una valutazione oggettiva sul rispetto del programma d'intervento e delle prescrizioni riparative imposte, tuttavia il giudice è chiamato ad aver cura di motivare il proprio convincimento primariamente sulla base del 'comportamento del minore' e della 'evoluzione della sua personalità' da apprezzarsi, quest'ultima, non limitatamente al periodo di sospensione ma come prognosi di assenza di pericoli di recidiva, ossia una valutazione sulla possibile condotta del minore proiettata verso il futuro¹¹².

L'esito positivo comporta l'estinzione del reato e la conclusione del processo, dichiarata con sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere a seconda che la fase processuale in corso sia l'udienza preliminare o il dibattimento.

Si ritiene, contro al silenzio della lettera, che in caso di esito incerto della prova il giudice possa procrastinare la valutazione mediante una proroga dei termini¹¹³. Ciò sarebbe in linea con l'art. 27, comma 3°, d.lgs. 272/89 e le finalità rieducative sottese, con cui "i servizi informano periodicamente il giudice dell'attività svolta e dell'evoluzione del caso, proponendo, ove lo ritengano necessario, modifiche al progetto, eventuali abbreviazioni di esso [...]".

La proroga può sicuramente rientrare tra tali modifiche; in ragione della mutevolezza della personalità che caratterizza generalmente la minore età si deve esigere un adeguamento continuo della misura rieducativa, ma con l'ovvio limite che la misura non può tramutarsi in un trattamento *sine die*, per cui sono stati previsti dei limiti temporali massimi invalicabili oltre i quali non può essere tollerata la limitazione della libertà personale anche se in ragione della finalità rieducativa, da rispettarsi fin dal momento della disposizione della sospensione.

Qual'ora, invece, il giudice ritenesse insussistenti i presupposti per dichiarare l'estinzione del reato per esito positivo della prova, con ordinanza motivata dispone il riavvio del processo nella stessa fase in cui era rimasto sospeso.

Non sono previste cause di esito negativo automatico della prova¹¹⁴; gli indici di insuccesso sono molteplici e liberamente apprezzabili dal giudice: trasgressione al programma, assenza di collaborazione, comportamenti inadeguati, inadempimento

¹¹² COLAMUSSI, op. cit., p. 229.

¹¹³ COLAMUSSI, op. cit., p. 243.

¹¹⁴ Se non le "gravi e ripetute trasgressioni al programma"; formula che, tuttavia, rimette all'interprete la determinazione del *quantum*.

delle prescrizioni riparative, esito negativo della mediazione, commissione di nuovi reati, e così via.

Un ulteriore aspetto della disciplina che il legislatore ha ommesso di affrontare è quello per cui, in caso di esito negativo della prova, sarebbe difficile immaginare la prosecuzione di un processo fino al pieno accertamento del fatto ‘come se niente fosse stato’.

La disciplina della messa alla prova, invero, niente prevede riguardo ad alcun tipo di ‘aggravamento’ della condizione processuale o sostanziale del minore che non sia riuscito a superare positivamente la prova e questo risulta in linea sia con la finalità rieducativa che con la natura non consensuale dell’istituto; tuttavia non sembra inverosimile che l’esito negativo della prova possa rischiare di andare a rafforzare il quadro probatorio della pubblica accusa ovvero il convincimento del giudice sulla responsabilità del minore in un processo tornato sui binari ordinari.

La ‘tentazione’ di interpretare il necessario consenso del minore a partecipare alla prescritta attività di mediazione come implicita ammissione della propria responsabilità è un problema analogo a quello della necessità del consenso o della confessione del minore ai fini della applicabilità della sospensione: in entrambi i casi risulterebbe violato il principio del *nemo tenetur se detegere*.

I *basic principles* delle Nazioni Unite, in generale, evidenziano come non solo la ‘partecipazione’ ma anche il semplice ‘consenso a partecipare’ ad un qualsiasi programma di giustizia riparativa non dovrebbe determinare alcun aggravamento della condizione processuale¹¹⁵.

Il fallimento nel raggiungimento di un accordo conciliativo non dovrebbe mai essere usato contro l’imputato all’interno di un successivo processo¹¹⁶ e non potrebbe in alcun caso determinare degli inasprimenti di pena¹¹⁷, ossia, l’esito negativo non dovrebbe lasciare alcuna traccia in termini di diritto processuale e sostanziale.

Questi principi dovrebbero essere applicati sia in ambito extraprocessuale, qual’ora il programma di giustizia riparativa intervenga in un momento ‘esterno’ al processo (prima dell’esercizio dell’azione penale o dopo la conclusione del processo), che in ambito processuale, come nel caso della messa alla prova, in cui è

¹¹⁵ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 34.

¹¹⁶ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 35.

¹¹⁷ *Handbook on Restorative Justice Programmes*, p. 35.

essenziale ai fini dell'applicazione l'esercizio dell'azione penale e l'instaurazione del processo.

In caso di esito negativo della prova il consenso del minore rischierebbe, altrimenti, di essere strumentalizzato contro di lui veramente in ogni evenienza: non solo nel caso in cui l'esito della mediazione sia stato positivo (per cui, tuttavia, non è escluso un successivo fallimento della prova in generale) ma anche qual'ora il fallimento della mediazione sia stato determinato dall'indisposizione o dalla intransigenza della persona offesa ad intraprendere o continuare qualsiasi attività di incontro con il minore.

Tale impostazione non è accettabile poiché finirebbe per mortificare la valenza processuale di qualsiasi forma di collaborazione dell'imputato.

Analogo problema è quello relativo alla conoscibilità di informazioni e dichiarazioni emerse durante la mediazione.

Il giudice potrebbe avere bisogno di conoscere il comportamento tenuto dal minore durante l'incontro con la vittima, tuttavia tali attività sono strettamente confidenziali e vige sul mediatore il dovere deontologico di non riferire nulla su ciò che accade durante le sedute. Il giudice e il pm possono conoscere solo il contenuto della relazione predisposta all'esito della mediazione, nella quale sono omesse tutte le dichiarazioni dell'imputato e della persona offesa a prescindere dal loro carattere autoincriminante¹¹⁸.

Anche nei *basic principles* viene sancito che le discussioni nei procedimenti di giustizia riparativa che non siano pubblici dovrebbero essere confidenziali e non dovrebbero essere conoscibili neanche in seguito, eccetto che per quelle cose sulle quali le parti abbiano dato il loro consenso o per ciò che sia richiesto dalla legge nazionale¹¹⁹.

Insomma, questo aspetto confidenziale della mediazione si configura come netto limite all'ampia discrezionalità del giudice e del pm, i quali generalmente, al fine di accertare l'imputabilità e il grado di responsabilità del minore, possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti anche senza alcuna formalità (*ex art. 9 d.p.r. 448/88*). Il mediatore non potrebbe essere chiamato a deporre testimonianza o

¹¹⁸ Progetto "Coromlech", modelli di mediazione penale minorile, programma AGIS 2004, JAI/2004/AGIS/099, dossier ITALIA, p. 26.

¹¹⁹ Handbook on Restorative Justice Programmes, p. 34.

essere comunque interpellato informalmente su quanto avvenuto durante le sedute di mediazione e lo stesso vale per la persona offesa, la quale non potrebbe rilevare alcuna informazione o dichiarazione in più di quelle che siano state concordate e sottoscritte insieme all'imputato al termine della mediazione¹²⁰.

All'occorrenza bisognerebbe espressamente riconoscere l'intangibilità di quei precisi momenti, fra cui la mediazione deve essere annoverata, in cui viene ad assumere un preciso ruolo responsabilizzante la possibilità data al minore di affrontare liberamente, faccia a faccia e non tramite un filtro istituzionalizzato, le conseguenze del suo operato senza che questo possa essergli ritorto contro.

In ultima analisi, l'adozione di strumenti della giustizia riparativa all'interno del procedimento minorile lascerebbe presumere la necessità di un ripensamento dell'ampia discrezionalità di indagine attribuita ai soggetti istituzionali della vicenda, ossia la necessità di tracciare "con mano ferma il confine tra i soggetti abilitati a procedere al tentativo di mediazione e quelli aventi compiti di indagine o di giudizio nel processo penale; tra le conoscenze apprese in corso dell'opera di mediazione e quelle acquisibili nel procedimento penale"¹²¹.

Qualora un simile adeguamento non potesse affermarsi spontaneamente nelle prassi operative degli amministratori della giustizia, al fine di elidere simili forme di inquinamento del giudizio finale, potrebbe essere opportuno ricorrere a delle cause di incompatibilità fra il giudice che abbia disposto e seguito il corso della messa alla prova del minore (che presumibilmente potrebbe facilmente entrare in contatto con dichiarazioni, confessioni e simili 'dati sensibili' requisiti dalla giustizia riparativa) e quello chiamato a proseguire il processo in caso di esito negativo della prova.

¹²⁰ MANNOZZI, op. cit., p. 274.

¹²¹ GIOSTRA, *Prime riflessioni per uno statuto europeo dell'imputato minorenne*, in *Cass. Pen.*, 2005, cit. p. 4063.

PARTE II: LA MESSA ALLA PROVA DELL'ADULTO

9. *La nuova prova per adulti*

La sospensione del procedimento con messa alla prova per adulti è stata introdotta nell'ordinamento italiano con la legge n°67 del 28 aprile 2014 recante "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili".

La legge, in particolare, ha inserito la disciplina del nuovo istituto all'interno sia del codice penale per quanto riguarda requisiti, effetti e contenuti del programma (art. 168-*bis*, 168-*ter*, 168-*quater*) che del codice di procedura penale per la disciplina processuale (da 464-*bis* a 464-*nonies*) evidenziando la doppia natura, sostanziale e processuale, della messa alla prova: infatti se sul versante sostanziale essa è stata inserita fra le cause di estinzione del reato, in quello processuale, invece, è stata collocata fra i riti speciali quale nuovo rito deflattivo del dibattimento.

Il recente istituto è il frutto di quello che è stato un lungo lavoro in sede legislativa cominciato nel 2007, durante il Governo Prodi II con la presentazione del d.d.l. 2664, e giunto a termine nel 2014 con l'approvazione della legge n°67¹²². Nonostante il rapido susseguirsi di cinque governi nell'arco di sette anni, è interessante notare come le varie proposte di legge presentate in materia siano rimaste sostanzialmente immutate, presuntivamente ad indicazione della presa di coscienza da parte della classe politica dell'intollerabile condizione di sovraffollamento carcerario e del carico processuale gravanti sulla giustizia

¹²² TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione processuale: messa alla prova per adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, spiega accuratamente quali sono stati i passaggi legislativi per adattare la messa alla prova minorile anche agli imputati adulti a partire dai lavori della "Commissione Pisapia", Giappichelli, Torino, 2014, p. 13 ss.

penale¹²³, per cui è stato ritenuto necessario rifarsi alla positiva esperienza dell'istituto della messa alla prova *ex art. 28 d.p.r. 448/88*.

Cercando di delineare sinteticamente la nuova disciplina, l'iniziativa è rimessa all'istanza dell'imputato o del suo difensore munito di procura speciale, da presentare in un momento anteriore alla conclusione dell'udienza preliminare o addirittura prima dell'esercizio dell'azione penale. Qual'ora siano rispettati i requisiti oggettivi e soggettivi richiesti (maggiormente restrittivi rispetto alla *probation* minorile), il giudice decide di disporre la sospensione del procedimento solo se ritenga idoneo, in base ai parametri dell'art. 133 c.p., il programma di trattamento (allegato all'istanza di parte) a cui sottoporre l'imputato durante il periodo di sospensione e che non vi siano pericoli di recidiva.

Il contenuto del programma viene elaborato d'intesa fra l'imputato e l'UEPE (Ufficio dell'esecuzione penale esterna) ed è caratterizzato da un'elevata versatilità: accanto all'imprescindibile previsione dei lavori di pubblica utilità, possono essere prescritte condotte finalizzate all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il risarcimento del danno, la partecipazione ad attività di mediazione con la persona offesa, affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di attività di volontariato e l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali; tutto nel rispetto delle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato.

La sospensione viene disposta dal giudice con ordinanza e non può eccedere la durata di due anni qualora si proceda per un reato punito con pena detentiva sola o congiunta a pena pecuniaria ovvero di un anno in caso di sola pena pecuniaria; durante la sospensione del procedimento il termine di prescrizione del reato rimane sospeso.

Decorso il periodo di sospensione il giudice acquisisce la relazione conclusiva dell'UEPE che ha seguito l'imputato nello svolgimento della prova e fissa l'udienza per la valutazione dell'esito dandone avviso alle parti e alla persona offesa. Dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e

¹²³ BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, afferma "E non è un caso che la proposta di introdurre la messa alla prova dell'adulto (...) si sia successivamente ripresentata da tutti i governi che si sono succeduti nel tempo quale che fosse il loro colore politico", in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 6, 2014, p. 662.

del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia dato esito positivo; in caso di esito negativo, al contrario, dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso da dove era stato interrotto.

L'istituto condivide i meccanismi di fondo della *probation* minorile: viene rispettata la sequenza di sospensione, messa alla prova e valutazione: l'esito positivo della prova costituisce motivo di rinuncia dello stato alla punizione del reato tramite la sua estinzione. Rimangono i riferimenti agli strumenti di giustizia riparativa a conferma delle intenzioni legislative di ampliare gli ambiti di ricorso alla mediazione penale e di rilevanza delle condotte riparative, relegando in sussidiarietà l'afflizione della pena statale.

Resta, tuttavia, una evidente nota dolente: se già l'impostazione limitativa della libertà personale del *probation* minorile può aver suscitato dei dubbi di legittimità costituzionale in merito all'assenza nella disciplina di un pieno accertamento della responsabilità e alla secondarietà del consenso del minore, la disciplina della messa alla prova per adulti li ripresenta nonostante l'impostazione marcatamente consensuale e premiale del nuovo procedimento.

Dobbiamo domandarci, in particolare, fino a che punto il consenso dell'imputato possa legittimare l'adozione di una misura imprescindibilmente subordinata alla prestazione dei lavori di pubblica utilità, elemento che, in assenza di ulteriori specificazioni, può assumere gli ambivalente natura di riparazione sociale diffusa e di sanzione afflittiva.

Insomma, sono presenti molteplici elementi innovativi che danno motivo di ritenere l'allontanamento della messa alla prova dalle logiche educative del rito minorile per delineare una impostazione della nuova *probation* fortemente premiale ed in linea con le impellenti esigenze di deflazione processuale e carceraria: quindi ci proponiamo, al fine di una conclusione coerente del presente lavoro con le intenzioni di indagine, di analizzare in quale grado la nuova *probation* possa dirsi in linea al paradigma riparativo della *restorative justice* e al rispetto delle garanzie processuali.

10. Le maggiori limitazioni per l'ammissione

Se l'assenza di particolari requisiti all'ammissione della messa alla prova minorile sia stata una precisa scelta del legislatore finalizzata ad estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto dalle ipotesi di reato più gravi a quelle bagatellari, la nuova *probation* per adulti adotta un approccio più cauto e limitativo subordinando l'ammissibilità alla presenza di determinati requisiti oggettivi, attinenti agli elementi fattuali per cui si procede, e requisiti soggettivi, ossia attinenti alla condizione personale dell'imputato.

La messa alla prova per adulti è ammessa solo per i reati puniti con pena edittale pecuniaria (di qualsiasi importo) o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, ovvero ai delitti indicati dall'art. 550, comma 2°, c.p.p., per cui il pm può procedere con la citazione diretta a giudizio¹²⁴. In tale modo il legislatore ha escluso l'applicabilità della messa alla prova nelle ipotesi di reato più gravi, ossia quelle potenzialmente punibili con più di quattro anni di carcere.

La scelta limitativa si spiega nell'intenzione politica di non dare segni di cedimento nella lotta al crimine, limitando tale privilegio deflattivo solo a quelle ipotesi caratterizzate da minor allarme sociale, sicuramente più numerose, e riservando il tempo e le risorse del processo a quei fatti di cui ne sia ravvisata la necessità di una punizione celere. Tale limite, quindi, va ad assecondare le esigenze di sicurezza diffuse nel sentimento sociale e di certezza nella repressione dei crimini più gravi.

Al contrario non se ne ravvisano le ragioni secondo i principi della giustizia riparativa, la quale, anzi, avrebbe il pregio di offrire i propri benefici conciliativi indipendentemente dalla gravità del reato commesso: paradossalmente tali benefici diventano maggiori proprio nelle ipotesi più gravi, quasi irreparabili, in cui le logiche ritorsive del contraccambio inevitabilmente cedono¹²⁵.

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta (*ex art. 168-bis, comma 4°, c.p.*).

¹²⁴ *Ex art. 168-bis, comma 1°, c.p.*

¹²⁵ EUSEBI, *La svolta riparativa dal paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa*, op. cit., p. 114.

Il divieto dovrebbe essere un incentivo alla buona riuscita della prova ma tale limite risulta eccessivamente restrittivo poiché non riguarda il singolo processo in corso ma si estende ad ogni processo futuro senza tenere in debita considerazione se la precedente messa alla prova sia terminata con esito positivo o negativo. In più, sulla base di quale logica dovrebbe essere preclusa la fruizione dell'istituto nel caso in cui il nuovo reato sia imputabile solo per colpa?

Un'altra limitazione, stavolta di segno soggettivo, è prevista dal 5° comma, per cui il giudice non può concedere la sospensione ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e a quelli per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.).

Va apprezzata la scelta di non estendere il divieto anche agli imputati recidivi, per cui la prova può essere applicata anche a soggetti che siano già stati condannati in precedenza.

11. Il rapporto fra la volontà dell'imputato e la valutazione del giudice sulla imprecisata idoneità del programma

Il primo requisito di applicazione in antitesi alla *ratio* eminentemente rieducativa della disciplina minorile è l'espresso consenso dell'interessato all'adozione della misura.

Abbiamo visto come il consenso del minore all'adozione della misura non sia un elemento formalmente richiesto ma sostanzialmente opportuno nella misura in cui la sua presenza sia essenziale al fine del giudizio prognostico di esito positivo della prova, ossia della possibile educazione e maturazione del minore al termine della prova.

Una simile imposizione, che di fatto legittima il giudice ad applicare la sospensione anche contro la volontà del minore, non è possibile nella disciplina per adulti.

L'espresso consenso dell'imputato adulto, manifestato personalmente o per mezzo di procuratore speciale, rappresenta l'indefettibile volontà di rinunciare ad

un accertamento pieno, mediante il contraddittorio, del fatto e della propria responsabilità. Con il consenso esprime altresì la sua volontà di adempiere le prescrizioni del programma costituente la sua prova. Tuttavia tale scelta volontaria di rinuncia a parte delle difese processuali non verrà premiata in modo certo con l'effetto estintivo.

L'essenziale rilevanza del consenso e l'epilogo solo eventuale del beneficio sostanziale sono elementi da valutare in forte sintonia con i principi della *restorative justice*, nella quale gioca un ruolo fondamentale la valorizzazione dell'autonomia decisionale di tutti i suoi soggetti: "autonomia decisionale che costituisce fra l'altro, quando siano in gioco strumenti di definizione anticipata del processo, il presupposto giustificativo della rinuncia a un accertamento giudiziario della responsabilità e del conseguente accesso immediato del richiedente al percorso riparativo, con i suoi possibili esiti"¹²⁶.

Invero se tale valorizzazione non è stata possibile nella disciplina del rito minorile per le preminenti esigenze educative che ne pervadono il contesto, a tutta evidenza ciò si rivela possibile nella nuova *probation* per adulti, dove l'interessato è un soggetto che lo stato presuppone autonomo e dalla personalità definita.

Tuttavia non basta il semplice consenso. Per ottenere gli effetti responsabilizzanti e specialpreventivi che la giustizia riparativa può produrre il giudice dovrebbe valutare, prima in sede di applicazione e poi di valutazione dell'esito, la genuina e leale volontà del consenso senza la quale ogni forma di riparazione prescritta potrebbe essere interpretata in chiave meramente strumentale all'ottenimento del beneficio.

Insomma, senza una simile volontarietà non si capirebbe sulla base di cosa la giustizia riparativa possa aspirare ad essere considerata una valida reazione al crimine alternativa prima al processo e poi alla pena.

Ma in quale modo può essere sondata tale volontarietà se all'interno di un 'processo del fatto' il giudice non può disporre di quegli ampi strumenti di indagine psicologica riconosciuti, al contrario, nel processo minorile o in sede di esecuzione penale?

¹²⁶ EUSEBI, *La svolta riparativa dal paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa*, op. cit., p. 110.

All'occorrenza la scelta è stata quella di ancorare i presupposti di applicazione e valutazione della messa alla prova nel segno marcatamente oggettivo dei parametri *ex art. 133 c.p.*¹²⁷

“La sospensione del processo con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'art. 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà da commettere ulteriori reati”¹²⁸

Il giudice è chiamato a valutare l'idoneità della misura e che “l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati” sotto il duplice profilo della gravità del reato, desunta dalle modalità dell'azione, dalla gravità del danno o dal pericolo cagionato alla persona offesa dal reato nonché dal dolo o dal grado della colpa, e dalla capacità a delinquere del reo, desunta dai motivi a delinquere, dal carattere, dai precedenti, dalla condotta contemporanea o susseguente al reato nonché dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale.

Insomma, sembra che anche la più genuina volontà di mettersi in gioco per rimediare al male commesso sia paradossalmente destinata a poter essere penalizzata proprio in ragione del grado di male che è stato commesso.

Eppure, nell'ottica della giustizia riparativa, il valore dell'intenzione non dovrebbe essere oscurato dal disvalore del fatto.

Viene rimessa alla sensibilità del giudice la valutazione sulla idoneità della misura rispetto a dei dati eminentemente oggettivi da cui dovrebbe essere desunta l'idoneità del programma ma non viene specificato a cosa dovrebbe essere finalizzata tale idoneità: alla riparazione, alla retribuzione o alla rieducazione?

L'idoneità del programma può essere interpretata come la sua capacità di andare ad “incidere sulla personalità reale del soggetto”¹²⁹, conclusione avvalorata dalla disposizione per cui:

¹²⁷ PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in *La deflazione processuale*, op. cit., p. 85.

¹²⁸ *Ex art. 464-quater c.p.p.*

¹²⁹ BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, n. 6, p. 667.

“al fine di decidere sulla concessione, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni cui è eventualmente subordinata, il giudice può acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato”.¹³⁰

Tuttavia, la correlazione imposta dall'art. 133 c.p. tra l'idoneità del programma e il fatto delittuoso con le sue modalità spinge, inevitabilmente, l'interprete a giustificare la limitazione della libertà personale che la prova prevede a delle finalità retributive. Ma occorre cautela perché le stesse non sarebbero fondate su un accertamento pieno del fatto e della responsabilità.

Non possiamo concludere che il meccanismo consensuale sotteso alla messa alla prova sia pienamente assimilabile a quello degli altri riti premiali come il patteggiamento, il giudizio abbreviato, l'oblazione e il giudizio immediato richiesto dall'imputato, in cui gli obbiettivi deflattivi sono incentivati dalla certezza che verrà corrisposto un trattamento di favore in sede di esecuzione penale.

Non è questo il caso della sospensione del processo con messa alla prova che solo se continuata ad essere letta con lenti retributive e negoziali può suscitare dubbi sulla legittimità costituzionale per lo squilibrio delle 'controprestazioni': il consenso “richiede uno specifico attivarsi *latu sensu* riparativo dell'imputato, non fondandosi, pertanto, sulla mera rinuncia al dispiegarsi ordinario dell'*iter* processuale (in altre parole, a un certo livello di diritti difensivi), come avviene con i riti speciali”¹³¹.

Il consenso non dovrebbe essere interpretato come accettazione di una pena anticipata e mitigata, ma come la volontà di realizzare una dimensione di benessere collettivo che, quanto meno, tenda a quella che c'era prima del reato, nonostante le restrizioni alla libertà che tale percorso implica.

Nell'ottica dell'imputato non deve prevalere l'afflizione per la lesione della propria libertà ma la consapevolezza di fare la cosa giusta in risposta a quel principio

¹³⁰ Ex art. 464-bis, comma 5°, c.p.p.

¹³¹ EUSEBI, *La svolta riparativa dal paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa*, op. cit., p. 103.

morale diffuso in ogni cultura che impone di mettere le cose a posto quando commettiamo un *wrongdoing*, qualcosa di sbagliato.

Solo in questo modo il consenso potrebbe giustificare una diversione riparativa dal processo e dall'accertamento del fatto. L'estinzione del reato, allora, non è un premio alla rinuncia dei diritti ma la logica conseguenza del venir meno del bisogno di stigmatizzazione sociale nei confronti della persona che abbia estinto il disvalore insito nella pregressa condotta criminale tramite i frutti della sua attività di riparazione.

Tuttavia, per confidare sulla leale operosità riparativa dell'imputato e sulla presunzione che si asterrà dal compiere nuovi reati durante il periodo della prova, il giudice è privo di adeguati strumenti che gli permettano sondare la presenza di una simile "genuinità".

Indipendentemente dagli elementi desunti oggettivamente dalla gravità del reato, dalla capacità a delinquere, dalle condizioni personali, familiari, sociali ed economiche, il giudice può solo disporre la comparizione dell'imputato richiedente, *ex art. 464-quater*, comma 1°, c.p.p., per verificare *ictu oculi* la volontarietà della richiesta.

In ultima analisi l'istituto potrebbe aspirare a delle finalità realmente riparative, in linea con i principi della *restorative justice*, solo se il giudice si limitasse ad applicare la sospensione nel caso in cui il consenso del richiedente sia la manifestazione qualificata e informata dell'impegno volto alla riparazione.

Una simile apprezzamento del consenso sicuramente rappresenterebbe un elemento culturale nuovo per le aule di giustizia.

Tuttavia il dato contrasta con gli obbiettivi di deflazione che, al contrario, gioverebbero di una lettura prevalentemente negoziale dell'istituto ma con la dovuta precisazione che, in questo modo, si svelano con maggiore forza le incongruità con la presunzione di innocenza e il principio di legalità sottesi ogniqualvolta sia in gioco la limitazione della libertà personale.

12. *L'accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato*

L'art. 464-*quater*, comma 1°, c.p.p. stabilisce che il giudice decide sull'istanza di sospensione "se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129".

Presentato il consenso ad interrompere il processo l'imputato rinuncia a procedere ad un accertamento fattuale di grado più elevato. Per concedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice deve necessariamente procedere ad una verifica solo sommaria e allo stato degli atti sul fatto e sulla responsabilità dell'imputato.

Bisogna notare, tuttavia, che la norma non dispone la possibilità di applicare la sospensione solo se l'imputato richiedente risulti essersi reso responsabile 'in positivo' di un fatto di reato. Ciò che è richiesto è qualcosa di meno: un accertamento in negativo della non punibilità.

La *ratio* della disciplina è senza dubbio quella di predisporre una procedura quanto più snella e rapida al fine di soddisfare sensibilmente le esigenze di deflazione processuale e carceraria esplicitamente sottese alla legge n. 67/2014.

Tuttavia, anche se le esigenze di economia processuale possono trovare riscontro nel dato costituzionale (art. 111, comma 2°, Cost.) non possiamo esimerci dal domandarci se l'assenza di un accertamento in positivo della responsabilità sia sufficiente a non ledere la presunzione di innocenza.

Sarebbe quanto meno ingiusto legittimare la limitazione della presunzione di innocenza, che è un fondamentale principio posto a tutela della dignità umana (art. 2 Cost.), in ragione delle inefficienze dovute ai deficit strutturali della giustizia penale: infatti, a fronte dei contenuti innegabilmente limitativi della libertà personale che la prova comporta, la misura finisce per assumere la sostanza di un provvedimento non dissimile all'affidamento in prova ai servizi sociali *ex* art. 47 dell'ordinamento penitenziario.

Sia nell'uno che nell'altro la fruizione del beneficio viene condizionata al superamento positivo di una prova dai contenuti rieducativi e riparativi, ma con la non secondaria differenza che, nella messa alla prova, assistiamo all'applicazione di

un trattamento restrittivo della libertà personale, seppur non detentivo, senza previa condanna¹³².

La valutazione che il giudice è chiamato a operare è analoga a quella prevista per il patteggiamento in cui si prevede che può disporre con sentenza l'applicazione della pena su richiesta delle parti "se non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129".

Quindi, come per il patteggiamento, anche nella messa alla prova dovremmo ritenere disapplicato il principio *in dubbio pro reo*, il quale è diretta espressione della presunzione di innocenza¹³³: infatti, se l'insufficienza o la contraddittorietà del quadro probatorio in un processo ordinario non possono legittimare la condanna dell'imputato perché incapaci di dimostrarne la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio, questo non accade né in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti, né nella sospensione del procedimento con messa alla prova.

Insomma, l'incertezza del quadro probatorio, in questi casi, non andrebbe a favore dell'imputato.

Tuttavia, nel dato normativo della misura, viene più volte fatto riferimento al reato commesso dall'imputato: in primo luogo fra i motivi di revoca anticipata della sospensione, la quale viene condizionata all'ipotesi in cui vi sia stata la "commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede" *ex art. 168-quater c.p.* In più, fra i contenuti della misura spicca la "prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato", per cui non si capisce come potrebbe il giudice procedere all'applicazione della sospensione senza operare un adeguato accertamento positivo di qualificazione del reato per cui si procede¹³⁴.

Tutti questi elementi dovrebbero far desumere che, in realtà, sia necessario un apprezzamento in positivo del fatto e della responsabilità dell'imputato da parte del giudice.

¹³² ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, CONSO, GREVI e BARGIS, 7ª edizione, Cedam, 2014, cit. p.748.

¹³³ ORLANDI, il quale specifica che "escludere le possibilità di prosciogliere" ed "accertare la necessità di punire" sono due cose ben diverse, *Procedimenti speciali*, op. cit., p.709.

¹³⁴ Al contrario, la quantificazione del danno può essere riservata alla mediazione, salvo che il giudice consideri ragionevole l'accordo raggiunto dalle parti all'esito degli incontri.

Dovremmo concludere che, in linea ai contenuti della sentenza della Corte Costituzionale n. 125/95 per quanto concerne la messa alla prova dell'imputato minorenni, sia essenziale un accertamento in positivo, per quanto sommario e allo stato degli atti, della sussistenza del reato e della responsabilità del soggetto richiedente?

Seguendo questa impostazione, in assenza di un simile accertamento positivo il giudice dovrebbe necessariamente rifiutarsi di concedere la sospensione perché gli sarebbe imposto di pronunciare sentenza di proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p.

Non manca chi, favorevolmente a questa interpretazione, ritiene che “il principio di legalità e la presunzione di non colpevolezza risulterebbero compromessi laddove l'imputato subisse delle limitazioni alla propria libertà personale, che l'esperimento della prova implica, senza che risultasse essersi reso responsabile di un fatto di reato”¹³⁵.

Ma se è imposto un accertamento positivo, allora, quali sarebbero i risvolti sulla natura riparativa della prova?

Sappiamo già che secondo i principi della giustizia riparativa, il processo (ovvero ogni attività processuale che l'accertamento implica) dovrebbe essere evitato per diverse ragioni: la prima è che ogni procedura formalizzata di composizione della lite rischia di provocare dei danni da vittimizzazione secondaria e di amplificare il conflitto fra autore e vittima del reato; la seconda è che ogni attività di accertamento implica l'allontanamento fra il danno e la sua riparazione, la quale risulta tanto più efficace quanto più sia prossima nel tempo all'evento lesivo; la terza è che condizionare la riparazione del danno prodotto all'accertamento del reato e della responsabilità significa ricondurre la messa alla prova al binomio “reato-pena”, tipico della giustizia penale ma che la giustizia riparativa rifugge, perché la *restoration* non è espressione della responsabilità penale, ma della volontà di rimediare al male commesso mediante condotte positive per risolvere il conflitto.

Da queste considerazioni confermiamo ciò che è già stato detto nel paragrafo precedente, per cui l'accesso a forme di giustizia riparativa si fonda sufficientemente

¹³⁵ PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in *La deflazione processuale*, op. cit., p. 79, alle stesse conclusioni AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 21, p. 88, e MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 6, 2014, p. 681.

(ma anche opportunamente) solo sulla volontà del richiedente, quale manifestazione di non contestazione dei fatti, e non anche sull'accertamento della responsabilità.

Quindi, ai fini di una interpretazione della norma orientata ai principi della giustizia riparativa, “la circostanza che l'accertamento sia presupposto da alcune disposizioni non deve indurre a ritenere, come alcuni pensano, che tale accertamento sia effettivamente imposto”¹³⁶, per cui possiamo ritenere, in linea alla lettera della legge, che l'accertamento operato dal giudice possa limitarsi alla sola esclusione delle cause di proscioglimento come nel patteggiamento.

Nonostante ciò non possiamo esimerci dal successivo confronto con le garanzie del giusto processo e domandarci fino a che punto l'assenza di un accertamento positivo, seppur avvalorata dalla volontà del richiedente, possa legittimare il giudice a sospendere il procedimento per prescrivere un trattamento limitativo della libertà personale.

Fin da subito va notato che l'art. 111, comma 5°, della Costituzione consente di derogare al contraddittorio nella formazione della prova quando vi sia il consenso dell'imputato, ma non di derogare *tout court* alla formazione della prova: ad essere legittimata è la rinuncia ad un metodo dell'accertamento, non all'accertamento stesso¹³⁷.

Mentre nel rito minorile è da tempo pacificamente accettato che l'allentamento della presunzione di innocenza sia in funzione del bilanciamento con la fondamentale esigenza di educazione e di protezione della gioventù in formazione riconosciuta al giudice, per cui il giudice sarebbe potenzialmente legittimato anche a prescindere dalla volontà del minore, un simile calcolo non è trasferibile nel procedimento per adulti.

All'occorrenza deve essere rilevato che il solo consenso dell'imputato, seppur adulto, potrebbe non essere sufficiente a superare la presunzione di innocenza;

¹³⁶ In questo senso FERRUA, secondo il quale “nell'accertamento della colpevolezza si possono distinguere due momenti, in opposta direzione. Il primo è l'accertamento come *attività cognitiva* attraverso cui il giudice, sulla base delle prove raccolte, ‘riconosce’ l'imputato colpevole oltre ogni ragionevole dubbio; qui la direzione muove dalle prove, ossia dai fatti del presente, verso il giudice. Il secondo, logicamente successivo al primo, è l'accertamento del fatto come *atto performativo*, come *fiat*, con cui il giudice ‘dichiara’ colpevole l'imputato, imponendogli tale qualifica, idonea a divenire irrevocabile: e qui la direzione va dal giudice verso la realtà. Ora né dell'uno né dell'altro vi è traccia nell'ordinanza che dispone la messa alla prova”, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, DANIELE, PALESU (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, p. 185.

¹³⁷ FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, op. cit., p. 187.

infatti “per come la si è intesa finora, la presunzione di innocenza implica un impegno dello stato nei confronti di tutti i cittadini e non può essere oggetto di occasionali rinunce”¹³⁸.

Dobbiamo concludere che sia la messa alla prova per imputati adulti che il patteggiamento dovrebbero essere dichiarati incostituzionali (come invece non dovrebbe accadere per il giudizio abbreviato) poiché non coperti dal comma 5° dell’art. 111 Cost.?

Occorre differenziare perché messa alla prova e patteggiamento, seppur simili nell’applicazione, comportano dei risvolti completamente differenti: nella disciplina *ex art. 444 c.p.p.*, il richiamo all’art. 129 nella valutazione rappresenta una alternativa della scelta nel merito del giudice, il quale, chiamato a recepire l’accordo sulla pena, dovrà optare per la condanna solo quando consti l’assenza delle condizioni elencate all’art. 129 c.p.p.

“In un simile quadro l’immediata declaratoria della causa di non punibilità rappresenta uno dei termini dell’alternativa decisoria nel merito.

Diversa valenza assume il richiamo alla medesima disposizione nell’ambito della messa alla prova. Al giudice che valuti l’istanza presentata dall’imputato *ex art. 464-bis c.p.p.* non è, infatti, richiesto di emettere una decisione conclusiva nel merito, bensì di attestare con un’ordinanza la sussistenza dei requisiti legittimanti l’arretramento del sistema penale – processuale e sostanziale insieme – davanti ad un modello alternativo di risposta al reato da parte dello stato”¹³⁹.

Insomma, mentre il patteggiamento costituisce una rinuncia dell’imputato a contestare l’accusa ma non la rinuncia dello stato ad attribuire una pena (seppur debitamente mitigata), nella messa alla prova abbiamo la rinuncia dell’imputato a contestare i fatti e la rinuncia dello stato ai pregiudizievoli risvolti del processo e della pena in favore di “un’altra soluzione” concretamente finalizzata al ripristino dell’equilibrio sociale.

Se l’accertamento in positivo del fatto e della responsabilità, seppur sommario e allo stato degli atti, è un requisito imprescindibile per l’applicazione della pena, non lo è altrettanto nell’ipotesi in cui, estromesse le istanze retributive, l’*iter* processuale si orienti a finalità riparative.

¹³⁸ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, op. cit., cit. p. 748.

¹³⁹ SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, n°4, cit. p. 21.

In più, “la circostanza che il percorso riparativo possa essere, in concreto, assai oneroso e non privo di contenuti afflittivi non deve indurre ad un fuorviante parallelismo con le misure sanzionatorie. Dirimente ai fini classificatori, è l’obiettivo perseguito, la soluzione del conflitto e non la punizione del colpevole”¹⁴⁰.

La tesi qui proposta è che solo concretizzando la prova dell’imputato a finalità ‘essenzialmente riparative’ (non come riflesso di un trattamento finalizzato alla rieducazione o alla retribuzione) sia possibile attenuare i dubbi sulla compatibilità della messa alla prova con le garanzie del giusto processo.

All’occorrenza, come vedremo nei prossimi paragrafi, sarà essenziale verificare se la disciplina sui contenuti prescrittivi della messa alla prova conceda degli spazi ermeneutici sufficienti per permettere sia al giudice che all’UEPE, ovvero i principali interpreti della norma, di predisporre delle prove dai contenuti essenzialmente riparativi; a cui si dovrà aggiungere la non secondaria valutazione per cui una simile concretizzazione non sia osteggiata da condizioni materiali e ambientali indipendenti dalla volontà dell’imputato e dalla professionalità dei giudici e dell’UEPE.

Eppure, nella sensazione, sembra che tutto questo ancora non basti a convincere chi ritiene che la presunzione di innocenza debba ritenersi violata ogniqualvolta un provvedimento figuri delle restrizioni alla libertà personale in assenza di un accertamento pieno del fatto e della responsabilità dell’imputato: secondo questa linea di pensiero dovrebbero essere ritenute totalmente ininfluenti sia la volontà del richiedente, sia la finalità di tali restrizioni (che siano finalità rieducative, retributive o riparative poco importa, sono pur sempre restrizioni della libertà personale).

Anche se all’apparenza possa essere eccessivamente intransigente, tale linea di pensiero parte dall’assunto che la presunzione di innocenza è un principio direttamente derivante dalla necessità di tutelare la dignità umana, per cui “una deroga è ragionevolmente ammessa solo se idonea a realizzare in misura più efficace il valore supremo della dignità umana, rispetto alla quale la stessa presunzione di innocenza ha funzione servente”¹⁴¹.

¹⁴⁰ SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, n°4, cit. p. 19.

¹⁴¹ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, op. cit., cit. p. 748.

Ebbene, se potessimo accertare che la prova abbia le potenzialità di essere concretamente applicata nell'impronta di una prassi orientata ai principi della giustizia riparativa, non sono forse quegli stessi principi che maggiormente tutelano la dignità umana riconoscendone l'indeterminatezza?

Non è forse il principio di umanizzazione della reazione al crimine a garantire il rispetto della 'pari dignità di ogni cittadino' (*ex art. 3 Cost.*) e il divieto di pene consistenti in 'trattamenti contrari al senso di umanità' (*ex art. 27, 3° comma, Cost.*)?

13. Il programma di trattamento: le prescrizioni comportamentali, l'affidamento al servizio sociale e l'attività di volontariato

Il programma di trattamento, elaborato d'intesa fra imputato e UEPE, rappresenta l'elemento centrale della messa alla prova: è proprio nella analisi dei suoi contenuti che deve essere apprezzata la natura dell'istituto.

Il contenuto del programma è descritto dall'art. 168-*bis* c.p. e dall'art. 464-*bis* c.p.p., entrambi novellati dalla l. n°67/2014. Dato che i due articoli presentano delle discrepanze¹⁴², quella qui sotto proposta è una elencazione dei contenuti risultante da una lettura congiunta di entrambi gli articoli, per cui il programma di trattamento deve contenere:

a) Le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile;

b) Le prescrizioni comportamentali: il programma comporta l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio

¹⁴² BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. Pen.*, 2015, n°5, p. 1755.

sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali;

c) La prestazione di lavori di pubblica utilità: una prestazione lavorativa non retribuita affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le provincie, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore;

d) La prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni;

e) Le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

I punti a) e b) sono indicatori delle funzioni rieducative a cui la misura è ampiamente improntata lasciando trasparire non poche analogie con il contenuto del verbale di affidamento in prova al servizio sociale ed ai conseguenti dubbi di legalità delle limitazioni alla libertà personale (*ex art. 27, comma 2°, Cost.*) previste.

“Su questo tema occorre cautela: la determinazione delle previsioni dovrebbe essere straordinariamente attenta a non incidere sulle libertà dell'interessato più dello stretto necessario, secondo le presunte esigenze di risocializzazione desunte in base alla natura dell'offesa e alle indagini dell'ufficio per l'esecuzione penale esterna”¹⁴³.

Al riguardo è necessario prestare attenzione alle possibili ed immotivate duplicazioni prescrittive che la lettera della disposizione induce: invero l'eventuale

¹⁴³ BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, op. cit., p. 1757.

prestazione di attività di volontariato potrebbe concretamente rilevarsi una prescrizione dai contenuti analoghi ai lavori di pubblica utilità, i quali possono parimenti essere svolti presso enti di volontariato, ma con la non secondaria differenza che mentre per i lavori sono disposti degli invalicabili limiti garantistici e norme relative alla copertura assicurativa, gli stessi non sono stati previsti per l'attività di volontariato "coatto".

Le modalità di coinvolgimento del nucleo familiare e dell'ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale dell'imputato mira ad allargare la cerchia dei soggetti chiamati a condividere il progetto educativo, tuttavia, non potendosi tradurre in obblighi riconosciuti in capo a terzi, potranno essere adempiute solo su base volontaria.

La previsione è ampiamente in linea con i principi della giustizia riparativa: il richiamo a forme di coinvolgimento dell'ambiente sociale nel procedimento, soprattutto quando lo stesso coincida con quello della persona offesa, può rappresentare non solo una essenziale risorsa conoscitiva di contestualizzazione del conflitto ma anche l'opportunità per rendere partecipi le vittime secondarie, generalmente ignorate dal diritto ma che possono avere gli stessi bisogni delle vittime primarie; senza contare sul supporto che tali persone potrebbero fornire anche ai fini dell'esito positivo della prova.

14. Segue: il lavoro di pubblica utilità

La prestazione di lavori di pubblica utilità rappresenta il punto saliente dell'intera prova, soprattutto per il fatto che il rifiuto opposto dall'imputato a svolgere l'attività lavorativa costituisce una autonoma causa di revoca anticipata della sospensione, accanto alla più generica "grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento e alle prescrizioni imposte" e alla "commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede" (*ex art. 168-quater c.p.*).

Il rifiuto può manifestarsi sia come opposizione ingiustificata *tout court* alla prestazione sia in una opposizione reiterata e ingiustificata alle eventuali legittime richieste del datore di lavoro, essendo assente, sia in un caso che nell'altro, la volontà del soggetto di sottoporsi alla prova¹⁴⁴.

L'obbligatorietà della prestazione di lavori di pubblica utilità è stata prevista come il necessario nucleo sanzionatorio della nuova misura funzionale alle esigenze generalpreventive che non tollerano, dinanzi a fattispecie penalmente rilevanti, la percezione di impunità da parte della collettività¹⁴⁵.

Tuttavia, mentre i lavori di pubblica utilità hanno finora rivestito nell'ordinamento italiano un ruolo esplicitamente retributivo, fra cui spicca l'art. 54 delle "Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace"¹⁴⁶, sono pochi gli elementi che, al contrario, possono ricondurre la stessa prestazione nella disciplina della sospensione ad esigenze preminentemente retributive, anzi, manca nella legge qualsiasi riferimento ai criteri ed alle finalità che il giudice dovrebbe osservare nel vaglio di congruità della durata complessiva e della intensità del lavoro di pubblica utilità.

La disciplina si limita solo a stabilire dei limiti garantistici fra cui il tetto minimo e massimo alla durata del lavoro che può spaziare da un minimo di dieci giorni, anche non continuativi, ad un massimo potenzialmente coincidente con la durata intera della sospensione (un anno se si procede per reati puniti solo con pena pecuniaria, altrimenti due anni). La giornata lavorativa non può superare le otto ore in linea con lo standard sindacale, mentre non viene individuato un orario minimo o qualsiasi riferimento al carico massimo di lavoro.

Indubbiamente l'assenza dei criteri a cui il giudice dovrebbe riferirsi nella valutazione di congruità della durata e dell'intensità del lavoro di pubblica utilità, pone dei seri problemi di determinatezza lesivi del principio di legalità¹⁴⁷.

Dato lo status di imputato (non condannato) di chi è sottoposto alla misura, la prestazione di lavoro non può prescindere dal suo consenso, pena la violazione delle

¹⁴⁴ FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 21, p. 84.

¹⁴⁵ MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2015, n°3, p. 167.

¹⁴⁶ Ex art. 54, comma 1°, d.lgs. 274/2000 per cui "Il giudice di pace può applicare la 'pena' del lavoro di pubblica utilità solo su richiesta dell'imputato".

¹⁴⁷ TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 1, p. 25.

disposizioni internazionali in materia di lavoro forzato ratificate dall'Italia¹⁴⁸, in più viene fatto riferimento alla valorizzazione delle competenze dell'interessato ed alla non lesività delle esigenze di lavoro (quello retribuito), di studio, di famiglia e di salute.

Vi sono tuttavia fondate perplessità al riguardo: non pare che l'esperienza pregressa dei lavori di pubblica utilità permetta di affermare facilmente che il consenso dell'imputato, prima nella scelta e poi nell'esecuzione della prestazione, possa sempre rispondere a reali esigenze di valorizzazione e di non lesività; anzi, talvolta a causa della scarsità delle offerte di lavoro, dovuto sia alla carenza di fondi che della disciplina eccessivamente onerosa e disincentivante nei confronti degli enti pubblici o privati che dovrebbero generare l'offerta¹⁴⁹, l'imputato potrebbe essere costretto in una morsa *aut aut*: accettare cosa offre il mercato ovvero rinunciare alla sospensione del procedimento.

“La possibilità di accesso all'istituto sembra variare al variare della vitalità del tessuto sociale in cui l'imputato è inserito: dove il terzo settore è particolarmente dinamico, sarà più facile entrare in contatto con un ente interessato; laddove si affievolisce la presenza di corpi sociali intermedi, scemeranno di pari passo le occasioni per svolgere il lavoro di pubblica utilità, ipotecendo seriamente le opportunità di utilizzo dell'istituto. Certo sulla carta ogni imputato gode di eguali diritti, ma nella pratica il ventaglio di opzioni a disposizione del singolo è determinato in buona misura da variabili praticamente impossibili da prevedere, siano esse di ordine organizzativo, economico o sociale”¹⁵⁰.

Al riguardo, anche sulla procedura sorgono dei dubbi qualora il giudice, in corso di svolgimento della prova, decida di modificare le prescrizioni inerenti il lavoro di pubblica utilità: la disciplina non assegna all'imputato altra facoltà se non

¹⁴⁸ L'art. 4, comma 2°, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e gli articoli 1 e 2 della Convenzione sul lavoro forzato, n°29 del 1930 adottata dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

¹⁴⁹ In primo luogo l'art. 3, comma 4°, del Decreto 8 giugno 2015 n°88, “*Regolamento recante la disciplina delle convenzioni in materia di pubblica utilità ai fini della messa alla prova dell'imputato, ai sensi dell'art. 8 della legge 28 aprile 2014, n°67*”, per cui “Gli oneri per la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali, nonché riguardo alla responsabilità civile verso terzi, dei soggetti ammessi al lavoro di pubblica utilità sono a carico delle amministrazioni, delle organizzazioni o degli enti presso cui viene svolta l'attività gratuita a favore della collettività. Nessun onere grava a carico degli organi del Ministero della Giustizia”.

¹⁵⁰ BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, op. cit., cit. p. 1762.

quella di essere sentito assieme al pubblico ministero, senza che sia nuovamente richiesto il suo consenso, “ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni con le finalità (ricordiamo non definite) della messa alla prova” (*ex art. 464-quinquies*, comma 3° c.p.p.). “Se fossero apportate modifiche importanti quando non è più richiesta l’intesa con l’interessato, non sarebbe arbitrario cogliere un sostanziale aggiramento della sua volontà: l’imputato si troverebbe invischiato in un obbligo lavorativo alla cui formazione non ha in alcun modo partecipato e dal quale potrebbe liberarsi solo a costo di far fallire la prova”¹⁵¹.

Accantonati per un secondo gli aspetti procedurali e applicativi, a fronte dell’ennesima omissione nella previsione di criteri che possano orientare l’interprete nell’identificazione delle finalità dell’istituto, i lavori di pubblica utilità potrebbero essere concretamente improntati alle logiche del paradigma riparativo? Oppure dobbiamo ritenere che gli asseriti benefici riparativi siano solo l’appannaggio rieducativo o retributivo di una cripto-condanna a sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo¹⁵²?

Riconfermando fin da subito che le logiche di prevenzione generale non sono prerogative esclusive della retribuzione o della rieducazione, poiché anche la giustizia riparativa mira a disincentivare la perpetrazione di nuovi crimini seppur facendo leva su meccanismi diversi alla sola intimidazione, “la circostanza che il percorso riparativo possa essere, in concreto, assai oneroso e non privo di contenuti afflittivi non deve indurre ad un fuorviante parallelismo con le misure sanzionatorie. Dirimente, a fini classificatori, è l’obbiettivo perseguito, la soluzione del conflitto e non la punizione del colpevole”¹⁵³.

Se le condotte riparative e l’attività di mediazione mirano a ricostruire il legame spezzato fra persona offesa e imputato, allora il lavoro di pubblica utilità rappresenta la volontà dell’interessato di ricucire, mediante la costruzione di un’esperienza interpersonale positiva, il tessuto sociale che è stato strappato dal crimine. Tale legame positivo può essere innestato con il lavoro di pubblica utilità, che rappresenta un’essenziale passo di risocializzazione o addirittura di

¹⁵¹ BARTOLI, *Il trattamento*, op. cit., cit. p. 1760.

¹⁵² CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2012, n. 1, p. 9.

¹⁵³ SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, op. cit., cit. p. 19.

socializzazione primaria per chi non avesse potuto vantare dei legami precedenti (membri di minoranze etniche e immigrati, oppure “italiani” nei confronti delle minori comunità etniche).

In quest’ottica il lavoro si presta indiscutibilmente ad essere apprezzato come valore supremo di coesione sociale (art. 1 Cost.) e non piuttosto nelle forme di una sanzione stigmatizzante.

Essenziale allo scopo è che il messaggio trasmesso dalle istituzioni alla società sia capace di esaltare il potente ruolo preventivo (e conseguentemente deflattivo) che le politiche di inclusione e di riparazione possono generare. Al contrario sarebbe opportuno abbandonare definitivamente le profonde contraddittorietà sottese alla distopica immagine di una giustizia penale che pretenda di garantire efficientemente la sicurezza sociale solo tramite la compressione dei diritti delle persone: come se il rispetto dei diritti fosse un costo opportunamente spuntabile dal bilancio in una strategia di reazione alla più generale crisi sociale che sta investendo anche la giustizia penale.

Insomma, anche se al momento della valutazione di idoneità del programma il giudice è chiamato a fondare la propria decisione in base ai criteri oggettivi della gravità del reato e della capacità a delinquere dell’imputato *ex art. 133 c.p.*, ciò non esclude che, una volta usciti dal processo mediante la concessione della sospensione (ossia una volta escluse le logiche processuali totalmente improntate alle finalità reo-centriche), il giudice possa improntare la congruità dei contenuti del programma di trattamento alle logiche della giustizia riparativa piuttosto che a quelle retributive e rieducative.

Se le istanze retributive o rieducative sottese ad un trattamento sanzionatorio necessitano sempre della previsione di essenziali limiti massimi o di criteri di controllo per non eccedere rispetto alla gravità del reato commesso (imprescindibile presupposto di ogni proporzione retributiva), tali limiti risultano del tutto superflui quando la controreazione al crimine sia estranea alle logiche del contraccambio.

Al contrario, la disciplina dei lavori di pubblica utilità enfatizza i soli limiti minimi sotto i quali non è possibile scendere, per due specifiche ragioni: in primo luogo per non trasmettere la sensazione di “non impunità”; tuttavia sarà ormai chiaro che assecondare il bisogno sociale di “non impunità” non significa necessariamente atteggiare la misura come una cripto-condanna; all’occorrenza è

stato prescelto un modello di reazione al crimine alternativo alla pena che presuppone dei requisiti differenti a questa e in buona sostanza meno stringenti al rispetto delle garanzie processuali, perché mentre la giustizia riparativa tende ad escludere le formalizzazioni e può sopravvivere all'infuori del processo penale, la pena non può (e non deve).

In secondo luogo e in ragione delle profonde differenze innervate nell'attuale quadro sociale, l'obbligazione a svolgere un minimo di lavoro socialmente utile rappresenta uno strumento egualitario funzionale al contrasto degli indesiderabili effetti della *bifurcation* indotta, in genere, dagli approcci riparativi, ossia il ricorso ad eccessive pecuniarizzazioni della reazione statale che trasformano la riparazione in un costo utilitaristico e strumentale per i più abbienti e in uno meccanismo scarsamente efficace dal punto di vista dell'integrazione sociale per i nullatenenti, con conseguente connotazione classista della giustizia riparativa¹⁵⁴.

Tuttavia, grave inconveniente ricollegabile all'obbligatorietà del lavoro di pubblica utilità è la preclusione della messa alla prova all'imputato che, pur essendosi attivato per tempo e seriamente, non sia riuscito a procurarsi un'occasione di lavoro gratuito¹⁵⁵.

La possibilità per i lavori di pubblica utilità di essere concretizzati in una misura dal carattere riparativo deve necessariamente fare i conti con le difficoltà pragmatiche e logistiche che esulano dagli sforzi di diligenza dell'imputato, soprattutto tenendo conto del fatto che il superamento del conflitto fra autore e società pretende la predisposizione di accorgimenti specifici e ulteriori rispetto a quelli di un trattamento meramente sanzionatorio: l'obiettivo di "ricucitura sociale" presuppone l'adozione di misure tali da rendere visibili (ma soprattutto condivisibili) i frutti della prestazione lavorativa ai diretti interessati del conflitto, magari ubicando il luogo dell'adempimento proprio nei pressi dell'ambiente o delle persone che sono maggiormente coinvolti nel conflitto ovvero privilegiando lo svolgimento di un certo tipo di attività in grado di valorizzare le capacità lavorative dell'interessato in diretta funzione servente alla cura del bene giuridico leso dalla condotta criminale.

¹⁵⁴ MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, op. cit., p. 160.

¹⁵⁵ MUZZICA, op. cit., p. 168.

Eppure è facile capire che le attuali difficoltà pratiche di reperimento del lavoro gratuito non possono che mortificare ogni possibile programma strategico finalizzato alla riparazione. Lo UEPE, costretto a privilegiare la sola soddisfazione del dato normativo dell'obbligatorietà senza potersi curare della finalità a cui tale prescrizione dovrebbe essere orientata, rischia di orientare la lesione della libertà personale a se stessa, ossia di connotare nella pratica la lesione come afflizione: un male fine a se stesso privo, oltretutto, di criteri per adeguarne la proporzionalità.

Vi è un altro elemento critico da menzionare ed è che l'esperienza dell'UEPE è stata finora ambientata nel contesto dell'esecuzione penale: prima della l. n. 67/2014 gli operatori dell'ufficio hanno sempre lavorato con soggetti condannati nell'ambito delle misure di esecuzione alternative alla pena detentiva, in particolare dell'affidamento in prova al servizio sociale.

La sospensione del procedimento con messa alla prova, invece, rappresenta un'opzione culturale nuova anche per gli operatori della giustizia, i quali dovranno essere abili nel disporre programmi di trattamento differenziati fra chi stia scontando una pena alternativa al carcere e chi, al contrario, stia lavorando per evitarla.

15. Segue: le prescrizioni riparative e la mediazione

L'art. 168-bis c.p. prevede, tra le possibili prescrizioni, “la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato”.

Quelle previste sono due prescrizioni dai contenuti differenti: una è il risarcimento del danno civilisticamente inteso, sia in forma specifica che per equivalente; l'altra, invece, va individuata in negativo come ogni condotta finalizzata ad eliminare, o comunque ad attenuare, le conseguenze dannose o pericolose del reato diverse dal risarcimento. Lette nel complessivo, dunque, le previsioni mirano ad eliminare ogni conseguenza negativa ascrivibile al rapporto tra

danneggiante e danneggiato provocata dal reato, anche mediante forme di riparazione simboliche, di assistenza per un certo periodo, e così via.

A differenza dei lavori di pubblica utilità, tali prescrizioni sono solo eventuali: ciò rende l'istituto applicabile anche quando si proceda per reati di pericolo o quando la vittima non sia individuata.

L'art. 464-*quinquies* c.p.p. prosegue specificando che “nell'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposti devono essere adempiuti; tale termine può essere prorogato, su istanza dell'imputato, non più di una volta e solo per gravi motivi. Il giudice può altresì, con il consenso della persona offesa, autorizzare il pagamento rateale delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno”.

Il meccanismo congegnato dal legislatore è calibrato alle ipotesi in cui il danneggiante nullatenente non sia in grado di onorare alcuna forma di risarcimento per equivalente: all'occorrenza possono subentrare forme di riparazione diverse dal risarcimento e, in ogni caso, il lavoro di pubblica utilità di cui è chiamata a beneficiare l'intera comunità oltre che la persona offesa.

Al contrario, al colletto bianco già ben socializzato, educato e capace di risarcire il danno potrebbero essere adeguatamente ridimensionati gli oneri di riparazione morale, le prescrizioni comportamentali e anche il lavoro di pubblica utilità, seppur obbligatorio, potrebbe essere ridotto al minimo di dieci giorni, anche non continuativi, e dalla durata giornaliera simbolica (in assenza di qualsiasi tetto minimo *ex lege*).

Per quanto riguarda la determinazione dei contenuti riparativi e dell'ammontare del risarcimento, la disciplina introduce una nuova ipotesi di mediazione penale fra vittima e offensore.

Lo svolgimento di una adeguata attività di mediazione, oltre a favorire le possibilità di un esito conciliativo, può terminare con degli accordi volontariamente determinati da offensore e vittima riguardo il rispettivo rapporto privatistico. Il giudice che opportunamente optasse per il recepimento nella prova dell'accordo dovrebbe necessariamente provvedere alla modifica *in itinere* del programma (*ex art. 464-quinquies*, comma 3°, c.p.p.) per cui “durante la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, può

modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova”.

Anche se non è configurabile alcun tipo di obbligo alla modifica del programma in capo al giudice, l'adozione di finalità riparative, così come intese dalla *restorative justice*, implicano la necessaria valorizzazione dell'accordo raggiunto dalle parti, ossia il riconoscimento di un ruolo sussidiario dello stato nella definizione dei rapporti giuridici fra danneggiante e danneggiato anche in ambito penale. Il giudice allora, chiamato ad adeguare la prova in base all'accordo delle parti, rappresenta un essenziale filtro di ragionevolezza posto fra la volontà delle parti e la prescrizione nella prova, volto a censurare quei contenuti palesemente sproporzionati o che siano contrari all'ordine pubblico e alle altre finalità attribuite all'istituto.

Pare condivisibile ritenere che, in mancanza di un simile recepimento degli accordi conciliativi, il giudice non dovrebbe far seguire conseguenze negative all'inottemperanza extraprocedimentale degli stessi da parte dell'imputato.

Vi sono tuttavia ulteriori problematiche relative ai rapporti fra mediazione e processo: in primo luogo non è chiaro se il consenso dell'imputato manifestato al momento della richiesta di sospensione coincida con il consenso ad intraprendere l'attività di mediazione; invero ci si domanda se il rifiuto a mediare del richiedente possa essere liberamente apprezzato dal giudice al termine della prova come indice dell'esito negativo o addirittura quale grave trasgressione al programma passabile di revoca anticipata (rinvio al paragrafo successivo l'approfondimento di questo aspetto); mentre, invece, non vi sono dubbi sul fatto che l'eventuale dissenso della persona offesa non dovrebbe in alcun caso contribuire al fallimento della prova, la quale può liberamente rifiutarsi di procedere in qualunque momento.

Per quanto riguarda i pericoli di possibili contaminazioni confessorie provocate dalla mediazione, che è una attività intrinsecamente volontaria e che presuppone il riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte dell'autore del reato, oltre a sentirmi di rinviare a quanto già detto rispetto all'omologo istituto per imputati minorenni (*supra* §9), si dovrebbe estendere per analogia, in questo e in qualsiasi caso di mediazione processuale o extraprocedimentale, quanto previsto dalla disciplina del tentativo di conciliazione davanti al giudice di pace, per il quale è espressamente stabilito che “in ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione” (*ex art. 29 d.lgs. 274/2000*).

16. *L'esito della prova*

L'art. 464-*septies* c.p.p. stabilisce che “decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tale fine acquisisce la relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato e fissa l'udienza per la valutazione dandone avviso alle parti e alla persona offesa. In caso di esito negativo della prova, il giudice dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso”.

Il rispetto delle prescrizioni comportamentali stabilite non dovrebbero essere valutate positivamente nella sola ipotesi di puntuale e preciso adempimento di ogni prescrizione contenuta nel programma: all'occorrenza è sufficiente che gli eventuali inadempimenti non si siano tradotti in gravi o ripetute trasgressioni, ipotesi a cui è condizionata anche la revoca anticipata della sospensione.

A sua volta, il rispetto delle prescrizioni risarcitorie e delle condotte riparative dovrebbero essere considerati in relazione al grado di solvibilità dell'imputato, “con la conseguenza che in presenza di soggetti impossibilitati a risarcire, ai fini di una valutazione di adempimento, si dovranno ritenere sufficienti gli sforzi profusi, mentre in presenza di soggetti dalle condizioni economiche precarie, potrà bastare anche un risarcimento parziale. Dall'altro lato non può considerarsi vincolante il rifiuto opposto dalla vittima, là dove l'imputato abbia avanzato una proposta seria ed effettiva”¹⁵⁶.

Nel caso in cui fosse stato possibile intraprendere la mediazione, l'eventuale esito negativo non dovrebbe essere valutato quale indice negativo dell'esito della prova: invero il giudice non può conoscere le dinamiche interne che si sono svolte durante la mediazione, dunque sarebbe inopportuno negare all'imputato la fruizione del beneficio qualora l'esito negativo fosse stato determinato dal comportamento intransigente della vittima.

¹⁵⁶ BARTOLI, *La sospensione del procedimento*, op. cit., p. 671.

Invece, nel caso in cui non fosse stato possibile neppure iniziare la mediazione a causa del rifiuto dell'autore del reato, bisogna valutare perché il dato andrebbe interpretato secondo le finalità che siano state sottese all'istituto.

Ritengo che volendo interpretare le finalità dell'istituto in linea con i principi della giustizia riparativa, un simile rifiuto ingiustificato dovrebbe essere valutato negativamente dal giudice quale grave trasgressione al programma, passibile quindi di revoca anticipata.

La lettura dell'istituto orientata alla giustizia riparativa dovrebbe imporre al giudice di interpretare la richiesta di sospensione presentata dall'imputato come il consenso ad intraprendere un percorso riparativo volto alla risoluzione del conflitto con la vittima e con la società, per cui deve ritenersi presente anche la disponibilità allo svolgimento della mediazione. Il rifiuto ingiustificato *ex post* a tentare la mediazione dovrebbe essere valutato come un ripensamento incompatibile con le logiche del paradigma riparativo: in assenza dei suoi presupposti, la giustizia riparativa è costretta a ritirarsi per cedere il passo alla pena statale che attende in sussidiarietà.

Al contrario, privilegiando la concezione premiale strettamente funzionale alla deflazione processuale e carceraria, in cui la richiesta presentata non denota altro se non la rinuncia al rito ordinario per essere sottoposto ad un trattamento sanzionatorio rieducativo e retributivo anticipato, allora dovremmo ritenere ininfluenza l'eventuale rifiuto allo svolgimento della mediazione a meno che non si ritenga la stessa uno degli elementi del trattamento sanzionatorio con conseguente strumentalizzazione della vittima a fini rieducativi.

In linea con un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di affidamento in prova al servizio sociale, tenere conto del comportamento dell'imputato, ai fini della valutazione sull'esito della prova, significherebbe, per il giudice, dover ravvisare nella personalità dell'imputato un *quid pluris*, ossia un risultato finale di rieducazione avvenuta. Una simile valutazione, tuttavia, potrebbe rilevarsi eccessivamente discrezionale, soprattutto tendo conto dei differenti strumenti di indagine a disposizione del giudice ordinario rispetto a quelli specifici della magistratura di sorveglianza: è preferibile, quindi, ritenere che l'esito positivo

si identifichi con l'assenza di revoca e collegare la meritevolezza dell'imputato al corretto svolgimento della prova¹⁵⁷.

“Si assegna così il giusto rilievo al “valore d'intenzione” manifestato dall'imputato, in vista dell'obiettivo ultimo che - come sappiamo – non consiste affatto nel mero risultato risarcitorio o, tanto meno, dissimulatamente sanzionatorio, ma ambisce alla composizione della frattura sociale generata dal reato”¹⁵⁸.

In caso di esito positivo della prova, l'estinzione del reato viene dichiarata dal giudice con sentenza, tuttavia non esclude l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, come, ad esempio, la sospensione della patente di guida e l'ordine di demolizione dei manufatti abusivi.

In caso di esito negativo, il giudice dispone con ordinanza la prosecuzione del procedimento, che dovrà riprendere dal momento in cui è stata disposta la sospensione; in più, l'imputato non potrà ripresentare l'istanza di sospensione, in linea con il divieto di seconda concessione dell'istituto.

L'ultimo elemento che ci preme di analizzare è l'art. 657-*bis* c.p.p. in materia di “computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca”, per cui “in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda”.

Quindi, nel caso in cui la vicenda processuale, proseguita a seguito dell'esito negativo, termini con l'irrogazione della condanna, il pubblico ministero, per ovvie ragioni di equità e di proporzione, deve detrarre dall'afflizione finale quella parte di restrizione alla libertà personale già anticipata durante la messa alla prova.

La norma è inserita nel titolo dedicato alla “esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali” del Libro X, immediatamente dopo il criterio di fungibilità che consente di imputare a pena detentiva da eseguire i periodi di custodia cautelare sofferta per lo stesso o per altro reato.

¹⁵⁷ TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio Penale*, 2015, n. 1, p. 36.

¹⁵⁸ SANNA, *L'istituto della messa alla prova*, op. cit., p. 20.

Quindi dovremmo considerare accertata la già denunciata natura di “cripto-condanna” della prova dato che, ai fini dell’esecuzione, il legislatore la equipara espressamente alla pena?

In realtà la norma in discorso non dovrebbe condurre automaticamente a tale conclusione: la stessa “s’ispira, infatti, ed elementari esigenze di equità che spingono il legislatore a tener conto delle restrizioni alla sfera di libertà a qualsiasi titolo subite dall’imputato nel corso della medesima vicenda processuale”¹⁵⁹.

A rilevare, quindi, non sarebbe la *ratio* retributiva, rieducativa o riparativa sottesa alla misura ma il solo contenuto oggettivamente restrittivo della libertà personale.

Addirittura vi sarebbe chi ritiene che la norma rappresenti una prova in senso inequivocabilmente contrario alla natura afflittiva della messa alla prova “laddove stabilisce una equiparazione del periodo di messa alla prova con la detenzione, ai soli fini esecutivi ivi precisati”¹⁶⁰.

In realtà non mi pare che simile constatazione sia sufficiente a convincere chi, al contrario, continui a denunciare l’incostituzionalità della misura; la stessa, in assenza di concrete misure che permettano al giudice e agli operatori dell’UEPE di valorizzare le finalità riparative, ben può concretizzarsi nell’applicazione anticipata di un trattamento rieducativo arricchito pure con elementi di retribuzione.

Prima di passare alle conclusioni vorrei far notare che, a mio parere, costituisce una grave omissione del legislatore la mancanza di una disciplina volta al risarcimento della limitazione alla libertà personale sofferta dall’imputato che, al termine del processo ripreso dopo la revoca o l’esito negativo della prova, sia stato assolto.

Insomma, se pare pacifico ritenere che, pur in assenza di disposizioni in tema, per una simile ipotesi le eventuali somme precedentemente versate a titolo di risarcimento dovrebbero considerarsi indebite (con conseguente ripetizione *ex art.* 2033 c.c.), sarebbe stata ancor più auspicabile la predisposizione di meccanismi analoghi alla “riparazione per ingiusta detenzione” a tutela di quelle lesioni alla libertà personale che si siano dimostrate illegittime ancorché *ex post*, le quali risultano ingiustificatamente rilevanti solo ai fini esecutivi dell’eventuale condanna.

¹⁵⁹ SANNA, *L’istituto della messa alla prova*, op. cit., p. 20.

¹⁶⁰ FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 21, p. 67.

CONCLUSIONI

La messa alla prova italiana stenta ad essere considerabile giustizia riparativa.

La consolidata esperienza nel rito minorile ha delineato un istituto ben definito, funzionale e vincente nella rieducazione del minore, ma è ancora molto distante dall'essere considerabile uno strumento "puro" di giustizia riparativa e molto probabilmente non lo diventerà mai: le condotte riparative sono appannaggio della finalità rieducativa, la vittima continua ad essere un fattore solo eventuale della prova incentrata sul minore e dominata dal giudice.

Tuttavia, abbiamo visto anche che la disciplina può concedere spazi ermeneutici sufficienti per avvicinarsi molto alla concezione *reparative* della giustizia riparativa, in cui anche i giudici possono, e devono, rivestire un fondamentale ruolo sussidiario e di supporto quando le parti private non siano in grado di accordarsi sulla riparazione.

Questo è già possibile oggi, ma sempre nella misura in cui la riparazione non vada a ledere le esigenze di educazione del minore, limite invalicabile che impedisce di avvalorare il reale cuore della giustizia riparativa: la comprensione e la cura dei bisogni delle vittime, da cui seguiranno anche gli altri benefici.

La distinzione, in concreto, è lieve, ma impossibile da superare: se nella messa alla prova la riparazione è condizione della rieducazione, nella giustizia riparativa è l'opposto, è la rieducazione ad essere condizione della riparazione.

La messa alla prova per adulti ha molte più *chances* di avvicinarsi al modello *encounter* di giustizia riparativa e di avvalorare sensibilmente la volontà del richiedente. Tuttavia, la sensazione è che quello richiesto possa essere uno sforzo interpretativo eccessivo.

Le garanzie processuali, così come le abbiamo interpretate finora, contrastano la cultura della riparazione, non riescono a distinguere l'afflizione subita dalla riparazione agita.

Il legislatore non è stato abbastanza coraggioso per imporre una scelta. Se l'obiettivo è la deflazione, quale è la via? Riparazione o cripto-condanna? Pretendere di avere entrambi è impossibile, è come una coperta troppo corta.

Eppure gli sforzi interpretativi volti alla scelta riparativa devono essere preferiti per la maggiore congruità con le garanzie processuali. Tuttavia la partita che deve essere giocata e vinta è quella della pratica, quella fatta sulle persone, non sui testi. Un gesto può essere interpretato in più modi, quello che conta è il contesto.

E' il contesto in cui verranno svolte le prove a determinare la condizione afflittiva o riparativa delle prescrizioni imposte.

Per il resto va notato che, in generale, anche la messa alla prova per adulti sta riscontrando un discreto successo a quasi due anni dalla sua introduzione, lasciando sperare il recupero di una condizione umana delle carceri e l'efficienza della macchina processuale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., CHIAVARIO M. (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate*, Vol. I, *Il processo minorile*, UTET, Torino, 1994.

AA.VV., CONSO G., GREVI V. e BARGIS M. (a cura di), *Compendio di procedura penale*, ed. VII, Cedam, Torino, 2014.

AA.VV., DANIELE M. e PAULESU P. P. (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015

AA.VV., FIADANCA G. e VISCONTI C. (a cura di), *Punire mediare riconciliare, dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Giappichelli, Torino, 2009

AA.VV., GIOSTRA G. (a cura di), *Il processo penale minorile, Commento al D.P.R. 448/88*, ed. II, Giuffrè, Milano, 2010.

AA.VV., GIOSTRA G. (a cura di), *Per uno statuto europeo dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano, 2005.

AA.VV., MANNOZZI G. e LODIGIANI G. A. (a cura di), *Giustizia riparativa*, il Mulino, 2015, Bologna.

AA.VV., MESTIZ A. (a cura di), *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano, 2000.

AA.VV., VAN NESS D. W. e JOHNSTONE G. (edited by), *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007.

ABRUZZESE S., *La messa alla prova del minore omicida*, in *Minori Giustizia*, n. 4, 1996

AMATO G., *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 21, p. 88.

BARTOLI L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. Pen.*, n. 5, 2015.

- BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 6, 2014.
- BOUCHARD M., *Vittime e colpevoli: c'è spazio per una giustizia riparatrice?*, in *Quest. giust.*, 1995
- CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, n. 1, 2012.
- COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Cedam, Milano, 2010, p. 106.
- CONIGLIARO S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, in dirittopenalecontemporaneo.it.
- DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013.
- EUSEBI L., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013
- FIORENTIN F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al Diritto*, n. 21, 2014.
- FIORENTIN F., *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida al Diritto*, n. 21, 2014.
- FORZA A., *La sfida delle neuroscienze: verso un cambiamento di paradigma?*, in *Dir. Pen e Proc.*, 11/2012.
- GALATI M. L., RANDAZZO L., *La messa alla prova nel processo penale, le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Giuffrè, Milano, 2015
- GIUNCHEDI F., *Probation Italian Style: verso una giustizia riparativa*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 2014.
- HULSMAN L., *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 31.
- MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 6, 2014.

- MARTINI A., *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. Pen. e Proc.*, n. 2, 2008.
- MESTIZ A., *La tutela del minore, tra norme, psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano, 1997
- MIEDICO M., *La confessione del minore nella 'sospensione del processo e messa alla prova'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.
- MIEDICO M., *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 14 aprile 2014.
- MOSCONI G., *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001
- MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2015, n. 3.
- PALIERO C. E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992,
- PARISI F., *Il diritto penale tra neutralità istituzionale e umanizzazione comunitaria*, in *DirittoPenaleContemporaneo.it*.
- PICCIRILLO R., *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Corte di Cassazione, Rel. n. III/07/2014.
- POZZAR R., *Strategie e opportunità*, in *Minori giustizia*, n. 3, 1994.
- PULITO L., *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. Pen e Giust.*, 2015, n.1.
- Progetto "Cromlech", *Modelli di mediazione penale minorile*, Dossier Italia, in giustiziaminorile.it/rsi/studi
- REGGIO F., *Giustizia dialogica: Luci e ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano, 2010.
- SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. Pen.*, 2015, n. 4.

TABASCO G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 1.

TIGANO S., *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *rassegnapenitenziaria.it*.

TONINI P., *Manuale breve. Diritto processuale penale*, ed. IX, Giuffrè, Milano, 2014.

TRIGGIANI N., *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014.

UNITED NATIONS, Office on Drugs and Crime, *Handbook on Restorative Justice Programmes*.

VIGANÓ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013.

ZEHR H., *The little book of restorative justice*, Good Books, New York, 2014.

RINGRAZIAMENTI

Sarò breve. Vorrei dire grazie a tutti, veramente a tutti, ma non posso. Vado in stampa fra due ore.

Ringrazio chi ha reso concretamente possibile questo lavoro, lo dedico a loro.

Grazie Yuliya, forse senza di te mi sarei fermato. Puoi essere contenta, ora potrò fare tutti quei lavoretti che evitavo, ti amo.

Grazie alla mia bella e grande famiglia e a chi mi è sempre vicino, grazie a chi è arrivato e a chi se n'è andato, grazie a chi c'è e a chi non c'è più. In queste parole ci siete tutti.

Grazie agli amici, grazie per le risate, non avrei potuto chiedere di meglio.

Non posso esimermi dal ringraziare specificatamente il Prof. Bresciani per le preziose indicazioni e per l'infinita disponibilità. Soprattutto lo ringrazio per avermi fatto conoscere questa disciplina umana della giustizia penale e approfondirò i miei studi a riguardo.

Ringrazio il Giudice Marco Bouchard per l'incontro gentilmente concesso, per avere ascoltato pazientemente le mie un po' confuse domande e per la cura che ha dedicato ad ogni risposta.

Ringrazio la Dott.ssa Patrizia Tuscello, responsabile della sezione distaccata UEPE a Lucca, per avermi mostrato la professionalità con cui lei e i suoi collaboratori si stanno approcciando alla nuova prova della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Ringrazio le biblioteche di Pietrasanta e di Seravezza per l'accoglienza.

Ringrazio il tempo passato a Pisa, gli studenti e i docenti conosciuti.

Grazie.